Der Vorbehalt der Rechtsverwirkung

(lex commissoria)

nach römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

der juristischen Fakultät

der

Landes-Universität Rostock

von

Franz Thinius

z. Zt. Referendar am Königlichen Landgericht I zu Berlin.

Berlin 1901.

Druck von Reinhold Kühn.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41549202_0071

Der Vorbehalt der Rechtsverwirkung

(lex commissoria)

nach römischem Recht und Bürgerlichem Gesetzbuch.

Inaugural-Dissertation

zur

Erlangung der juristischen Doktorwürde

vorgelegt

der juristischen Fakultät

der

Landes-Universität Rostock

von

Franz Thinius

z. Zt. Referendar am Königlichen Landgericht I zu Berlin.

AKAD. LANDWIRT. BERLIN

Berlin 1901.

Druck von Reinhold Kühn.

Meiner lieben Mutter.

Inhaltsübersicht.

Einleitender Abschnitt: Begriff und Wesen der lex commissoria.

Seite

§ 1. **A. Begriffsbestimmung der lex commissoria.** 1

I. Römische Quellen.

II. Bürgerliches Gesetzbuch.

B. Streitfragen über die juristische Natur der lex commissoria.

§ 2. I. Suspensiv- oder Resolutivbedingung? 4

§ 3. II. Doppelte Resolutivbedingung? 8

§ 4. III. Konventionalstrafe? 11

Erster Hauptabschnitt: Die lex commissoria beim Kauf und bei ähnlichen Verträgen.

A. Wesentliche Erfordernisse der lex commissoria.

§ 5. I. Fristbestimmung (Dies solutionis) 12

§ 6. II. Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllung des Hauptvertrages und Geltendmachung der lex commissoria (Jus eligendi) . . . 15

1. Ist die Wahl an eine Frist gebunden?
2. Bedarf die Wahl der Annahme durch den Schuldner?
3. Ist die Wahl widerruflich?

B. Die lex commissoria in ihrer Anwendung 19

§ 7. I. Ablauf der Zahlungsfrist.

1. mora debitoris,
2. dies interpellat pro homine,
3. culpa creditoris,
4. purgatio morae.

§ 8. II. Wirkungen der lex commissoria 22

dingliche Wirkung nach römischem Recht, dagegen bloß obligatorische Wirkung nach B. G. B. hinsichtlich

1. der verwirkten Sache,
2. der Leistungen aus dem Vertrage.

Zweiter Hauptabschnitt: Die pfandrechtliche lex commissoria.

A. Das Konstantinische Verbot der lex commissoria pignorum.

I. Ursache und Tragweite des Verbotes

§ 9. 1. seine Strenge und rückwirkende Kraft 29

2. seine Beschränkung auf den Pfandvertrag.

§ 10. a) das Verbot trifft eine jede lex commissoria beim pignus . 31

α) nicht nur die wucherische,

β) auch die lex commissoria nach geschehener Verpfändung,

γ) sowie die lex commissoria zu Gunsten eines Dritten;

§ 11. b) das Verbot ist jus cogens und wird daher nicht beseitigt . 33

α) durch den Verzicht des Schuldners auf sein Recht,

β) durch entgegenstehendes Gewohnheitsrecht,

γ) durch eidliche Bekräftigung des Verzichtes;

§ 12. 3. seine Ausdehnung auf die Rechtsgeschäfte in fraudem legis . 36

a) auf die datio in solutum,

b) auf den Pfandverkauf,

c) auf das pactum de retro vendendo.

II. Fortdauer des Verbotes

§ 13. 1. im römischen und gemeinen Rechte 38

§ 14. 2. im Bürgerlichen Gesetzbuche 40

B. Die lex commissoria pignorum in ihrer Anwendung.

§ 15. I. vor dem Verbote unbeschränkt gültig 43

1. bei der fiducia,

2. beim pignus,

3. bei der hypotheca;

§ 16. II. seit dem Verbote 47

1. nach römischem Recht ausnahmslos verboten,

2. nach Bürgerlichem Gesetzbuch nach Ablauf der Zahlungsfrist gestattet,

3. die Besonderheit des § 1238 B. G. B.

§ 17. **Schlußabschnitt**: Die Einheitlichkeit der pfandrechtlichen und der nichtpfandrechtlichen lex commissoria 48

Litteratur.

Achilles, André, Greiff, Ritgen und Unzner: Bürgerliches Gesetzbuch. Textausgabe mit Anm. 1896.

Arndts: Lehrbuch des Pandektenrechts. 8. Aufl. 1874.

Bechmann: System des Kaufs nach gemeinem Recht. Band II, 1. 1884.

Brill: Die zur Sicherung einer Vertragsobligation vorgenommenen bedingten Eigentumsübertragungen und das Verbot der pfandrechtlichen lex commissoria. Inaug.-Diss. Erlangen 1896.

Brinkmann: Die lex commissoria beim Pfandrecht. Inaug.-Diss. Göttingen 1892.

Brinz: Lehrbuch der Pandekten. 2. Aufl. 1873—1892.

Broecker: Die Ungültigkeit der lex commissoria beim Pfandrecht. Inaug-Diss. Erlangen 1896.

Burckhard: „Lex commissoria beim Kauf" im Archiv für civilistische Praxis. Band LI Nr. 12.

Dernburg: Das Pfandrecht nach den Grundsätzen des heutigen römischen Rechts. Band I 1860, Band II 1861.

Dernburg: Pandekten Band I und II. 6. Aufl. 1900.

Dernburg: Das Bürgerliche Recht des Deutschen Reichs und Preußens. Band III, 1. Aufl. 1898, Band II,1 1. Aufl. 1899, Band II,2 1. Aufl. 1901.

Eck: „Lex commissoria" in von Holtzendorffs Rechtslexikon Band II. 3. Aufl. 1881.

Endemann: Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts. Einführung in das Studium des B. G. B. Band I. 6. Aufl. 1899.

Fischer-Henle: Bürgerliches Gesetzbuch. Handausgabe mit Anm. 2. Aufl. 1898.

Glück: Erläuterungen zu den Pandekten. Band I, V, VIII, IX, XII, XIV, XVI.

Haidlen: Bürgerliches Gesetzbuch mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten. Band II. 1897.

Hasenkamp: Die gemeinrechtlichen Grundsätze über den Verkauf mit lex commissoria und ihre Modificierung durch das Reichsgesetz betreffend die Abzahlungsgeschäfte vom 16. Mai 1894. Inaug.-Diss. Erlangen 1896.

Heumann: Handlexikon zu den Quellen des römischen Rechts. 7. Aufl. 1891.

Heuser: Das ausbedungene Rücktrittsrecht beim Kaufvertrage (lex commissoria). Inaug.-Diss. Erlangen 1899.

Kohler: Pfandrechtliche Forschungen. 1882.

Lazarus: Das Recht des Abzahlungsgeschäftes nach geltendem Recht und B. G. B. 1898.

Matthiae: Kontroversenlexikon. 1856.

Matthiaß: Lehrbuch des bürgerlichen Rechts. Band I und II. 3. Aufl. 1900.

Oertmann: Die fiducia im römischen Privatrecht. 1890.

Oertmann: Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse. 2. Aufl. 1897.
Planck: Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch. 2. Aufl. 1899.
Schollmeyer: „Das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B." im Kommentar zum B. G. B., bearbeitet von Hölder, Schollmeyer, Fischer, Heymann, Schmidt, Habicht und Schulze. Band II,1. 1897.
Schweppe: Römische Rechtsgeschichte. 1819.
Sintenis: Handbuch des gemeinen Pfandrechts. 1836.
Stobbe: Handbuch des Deutschen Privatrechts. 3. Aufl. Band I 1893; Band II 1897; Band III 1898.
Thibaut: System des Pandektenrechts. Band II. 1834.
Vangerow: Lehrbuch der Pandekten. Band II und III. 7. Aufl. 1876.
Warnkönig: „Dogmengeschichtliche Darstellung der Lehre von der lex commissoria beim Pfandrecht" im Archiv für civilistische Praxis. Band XXIV und XXV.
Wendt: Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften. Heft II: Die Reuverträge. 1879.
Windscheid: Lehrbuch des Pandektenrechts. Band I und II. 8. Aufl. 1900.
Wolff: Zur Lehre von der mora. 1841.

Corpus juris civilis, Kriegel'sche Ausgabe. 1875.
Entscheidungen des Königlichen Ober-Tribunals: Band LXV.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen: Band II, IV, XIII.
Motive zu dem Entwurf eines Bürgerlichen Gesetzbuchs für das Deutsche Reich: Band II und III.
Seufferts: Archiv für Entscheidungen: Band III, VIII, X, XIV, XXIX, XXXI, XXXII, XXXIII, XXXVI, XLI, LII.

Einleitender Abschnitt:

Begriff und Wesen der lex commissoria.

§ 1.

A. Begriffsbestimmung der lex commissoria.

Über Begriff und Wesen der lex commissoria geben uns die Quellen des römischen Rechts keinen direkten Aufschluß. In den vorjustinianischen Quellen findet sich die lex commissoria in den Sententiae Pauli II,13 „De lege commissoria." Freilich bleibt die Nennung der lex auf diese Überschrift beschränkt, da der betreffende Titelabschnitt merkwürdiger Weise nur von der fiducia und vom pignus handelt.[1])

Im Codex Theodosianus, lib. III, tit. 3 ist ausführlich von einer lex commissoria die Rede, weßhalb es von Wert ist, die Stelle im Wortlaut anzuführen:

Constantinus ad populum. Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae legis crescit asperitas, placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri. Si quis igitur tali contractu laborat, hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Creditores enim re amissa inbemus recipere quod dederunt. Vergeblich sucht man in diesem Text nach einer Definition; man erfährt vielmehr von einem energischen Verbote der ihrem Inhalte nach als bekannt vorausgesetzten lex commissoria, so daß es wenig lohnend und fast aussichtslos erscheint, wollte man sich überhaupt mit einem Rechtsinstitut noch befassen, welches längst der Vergessenheit anheimgegeben ist. Schlägt man in den justinianischen Quellen nach, so ist man nicht weniger enttäuscht. Die Institutionen bringen nichts. Im Codex finden wir das aus dem Codex Theodosianus übernommene Verbot im 35. Titel des 8. Buches wieder unter

[1]) Diese Thatsache veranlaßte Cuiacius fiducia und lex commissoria zu identificieren. Vgl. hierzu Warnkönig im Archiv für die civilistische Praxis Bd. 24 p. 20 und 21.

der Überschrift: De pactis pignorum et de commissoria lege in pignoribus rescindenda. Ein Vergleich zwischen beiden das Verbot enthaltenden Stellen zeigt uns einige Textunterschiede, von denen der Zusatz des Wortes pignorum zwischen den Worten commissoriae und legis am meisten in die Augen fällt. Dieser justinianische Zusatz sowie der Mangel jeglicher Andeutung, was mit der lex commissoria gemeint sei — eine solche wäre doch gerade hier, wo es sich um die Aufhebung eines Rechtsinstitutes handelt, zur Vermeidung von Irrtümern, am Platze gewesen — berechtigt wohl zu dem Schluß, die lex commissoria müsse sehr bekannt und verbreitet gewesen sein.[1]) In diesem Sinne scheint auch das Verbot von der lex commissoria als einem Kniff (captio) zu sprechen, dessen Härte immer mehr zu nimmt (crescit asperitas); weiter läßt sich nichts dem Zusammenhange entnehmen.

Zum Glück behandeln die Digesten unsere lex nicht so stiefmütterlich; ein ganzer aus 8 leges bestehender Titel, der tit. D. 18,3 berichtet „de lege commissoria." L. 2 D. h. t. giebt schon eine Handhabe zur Definition: Quum venditor fundi in lege ita caverit: si ad diem pecunia soluta non sit, ut fundus inemptus sit. Zweifellos handelt es sich hier um einen Grundstückskauf mit der Klausel, wenn bis zum bestimmten Termin nicht gezahlt sei, so solle das Grundstück „inemptus" sein, d. h. der Kauf solle für aufgelöst gelten. Die lex commissoria wäre demnach eine dem Kaufgeschäfte zugefügte Abrede obigen Inhaltes. L. 4 D. h. t. bestätigt uns dies: Si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut, nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemtus fieret. Legt man das Gewonnene zu Grunde, so findet man die lex commissoria bei der Pacht (L. 31 D. de pign. 20,1), bei der Sachmiete (L. 51 pr. D. loc. 19,2) und schließlich noch bei der Werkverdingung (L. 13 § 10 D. e o d)[2]) Hiermit sind die Quellenstellen des justinianischen Gesetzbuches erschöpft. Es schweigen auch die nachjustinianischen Quellen nicht ganz von der lex commissoria. Die Basiliken geben in Lib. XXV, cf. cap. 62 deutlich den Wortlaut einer solchen wieder: δεσπότης ἔσομαι τοῦ ἐνεχύρου, εἰ μὴ παταβληθείη μοι τὸ χρέος ἐντὸς τοῦδε τοῦ χρόνου. Die Dekretalen Gregors IX, c. 7 X 3,21 verwerfen das „pactum legis commissoriae" als ein „improbatum"

[1]) Kohler, Pfandrechtliche Forschungen S. 264 bezeichnet die Verpfändung mit lex commissoria gerade als die normale und schreibt es dem Verbot zu, daß über die lex commissoria wenig überliefert ist.

[2]) Über die Anwendbarkeit der lex commissoria auf das Miets- und Pachtverhältnis vgl. Seuffert, Archiv Band 14, Nr. 134 und Band 41, Nr. 186. Ebenso Wendt, Neurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, Heft II, S. 37, 40, 41.

und ebenso weisen die Libri feudorum, I § 27, § 1 eine diesbezügliche Stelle auf, doch lassen auch sie eine Definition vermissen. An Anhaltspunkten für eine solche gebricht es, wie man sieht, in den römischen Quellen nicht, gleichwohl ist man außer Stande allein mit ihrer Hülfe das Wesen unserer lex commissoria zu ergründen.

Das Bürgerliche Gesetzbuch führt näher zum Ziele. Daselbst findet sich die lex commissoria in der Lehre vom vertragsmäßigen Rücktritt, welche die §§ 346—361 umfaßt. Das Gesetz unterscheidet scharf zwischen einem allgemeinen Vorbehalt des „Rücktrittes" vom Vertrage, (§§ 346, 357—359) und dem besonderen Vorbehalt der „Rechtsverwirkung" (§ 360). Beide Arten des Vorbehaltes gelten „für den Fall, daß der andere Teil seine Verbindlichkeiten nicht erfüllt" und auf beide Arten des Vorbehaltes finden die gesetzlichen Vorschriften über den Rücktritt Anwendung: für den Vorbehalt des Rücktritts ipso iure materiae, für den Vorbehalt der Rechtsverwirkung kraft besonderer Rechtsvorschrift des § 360: „Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalte geschlossen, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Gläubiger bei dem Eintritte dieses Falles zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt." Es fragt sich nun, welches ist die lex commissoria des Bürgerlichen Gesetzbuches: der allgemeine Fall des Rücktrittsvorbehaltes oder der besondere Fall des Vorbehaltes der Rechtsverwirkung aus § 360? Bei der Entscheidung dieser Frage muß natürlich von den rechtlichen Wirkungen abgesehen werden, welche diese Vorbehalte im Gefolge haben, zumal da diese für beide Fälle die gleichen sind, nämlich die Ausübung des Rücktrittrechtes. Es liegt auf der Hand, daß sich im Wortlaut des § 360 die im tit. D. 18, 3 erwähnte Vertragsklausel wiederspiegelt; ihre Erwähnung im Bürgerlichen Gesetzbuche im Titel über das Rücktrittsrecht hat zweifellos darin ihren Grund, daß der Gesetzgeber nicht die eigentlichen konsequenten Wirkungen der lex commissoria eintreten läßt, sondern dem Gläubiger lediglich das Rücktrittsrecht verleiht, so daß die gesetzlichen Vorschriften über den Rücktritt vom Vertrage ganz wie beim allgemeinen Rücktritt Anwendung finden. Die Ausdrücke „fundus inemtus est" und „so ist der Gläubiger beim Eintritt dieses Falles zum Rücktritte von dem Vertrage berechtigt" entsprechen sich. Die lex commissoria ist also nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch ein qualificierter Rücktrittsvorbehalt und hat als beliebte, oft angewandte Vertragsklausel naturgemäß eine besondere Ausgestaltung und Behandlung erfahren. Übrigens spricht das Bürgerliche Gesetzbuch allgemein von dieser Abrede bei „Verträgen" und beschränkt die Anwendung der lex commissoria nicht auf Kauf-

und Pfandverträge.[1]) Hierin liegt eine Übereinstimmung mit den römischen Quellen.[2])

Lex commissoria ist demnach die Nebenabrede des Verfallenseins, der Verwirkung und wird kurz mit Verwirkungs- oder Verfallklausel übersetzt. Auch „kassatorische Klausel" wird sie genannt.[3]) Als pactum ist die lex commissoria eine nicht an die Form gebundene Konsenserklärung, so daß man mit Unrecht behauptet hat, sie habe z. B. beim Kauf stets im Einklang mit dem Wortlaut im tit. D. 18, 3 gelautet: si ad diem certum pecunia soluta non sit, fundus inemtus esto. Eine einheitliche Formel hat es für die lex commissoria schwerlich gegeben.[4]) Sie ist dem Abschluß eines bonae fidei negotium ex continenti[5]) hinzugefügt und darum ein pactum adiectum,[6]) aus welchem bekanntlich geklagt werden kann im Gegensatz zu den nuda pacta. Hiernach bildet die lex commissoria kein naturale negotii mit dem Rechtsgeschäft in der Regel eigenen Wirkungen, welche, weil sie ihm nicht wesentlich sind, von den Parteien ausgeschlossen werden können. Sie ist vielmehr eine der Konventionalstrafe, der Verabredung einer antichresis beim Pfandvertrage, der addictio in diem beim Kauf analoge Bestimmung, welche nicht zum Begriff und Wesen des betreffenden Geschäfts gehört, ihm aber im Einzelfalle besonders hinzugefügt ist, ein accidentale negotii. Folglich wird die lex commissoria ohne eine ausdrückliche Beifügung nie bei einem Vertrage vermutet, beim Mangel einer besonderen Abrede kann daher stets nur mit der Kontraktsklage geklagt werden.

B. Streitfragen über die juristische Natur der lex commissoria.

§ 2.

I. Suspensiv- oder Resolutivbedingung?

Die juristische Natur der lex commissoria ist streitig; man hat sie auf die verschiedenste Weise zu konstruieren versucht. Der Umstand,

---

[1]) Vgl. oben S. 2.

[2]) Vgl. §§ 1149, 1229 B. G. B. und unten S. 28ff.

[3]) Vgl. Motive zum B. G. B. III, 827; Fischer-Henle, Handausgabe des B. G. B. S. 167, Anm. 1 zu § 360; Haidlen, B. G. B. mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, Band II, S. 466 (zu § 1238); Oertmann, Komm. zum Recht der Schuldverhältnisse S. 94, Ziff. 1 zu § 360.

[4]) Vgl. Seuffert, Arch. Bd. 10, Nr. 49.

[5]) Bechmann, System des Kaufs nach Gemeinem Recht, Band II, S. 52 ist der Meinung: „Nach heutigem Recht kann die lex commissoria auch nachträglich hinzugefügt werden." Vgl. hierzu unten S. 30 Anm. 1.

[6]) Siehe Wendt, Neurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, Heft II, S. 19.

daß die rechtlichen Wirkungen der lex commissoria von der Innehaltung der Zahlungsfrist abhängig sind, hat viele dahin geführt, in der lex commissoria einen bedingten Kauf zu sehen. So nimmt man an, daß bis zur erfolgten Zahlung seitens des Schuldners kein perfektes Vertragsverhältnis bestehe und das Rechtsgeschäft erst mit der Zahlung perfekt werde; man schiebt den gültigen Abschluß des Vertrages hinaus bis zum Momente der Befriedigung des Gläubigers. Man nimmt also eine suspensive Bedingung an. Die Meinungen gehen aber weiter auseinander in der Frage, ob die lex commissoria nicht eben sowohl eine Resolutivbedingung wie eine Suspensivbedingung enthalten könne.[1]) Als Resolutivbedingung lautet die lex commissoria z. B. beim Kauf folgendermaßen: wenn Schuldner am Zahlungstermin nicht zahlt, soll der Kauf aufgelöst sein, d. h. bis zum Zahlungstermin ist der Kauf gültig geschlossen. In der Form einer Suspensivbedingung wäre der Inhalt der kommissorischen Abrede dieser: wenn Schuldner am Zahlungstermine zahlt, soll der Kauf perfekt sein, d. h. ehe der Schuldner nicht das Kaufgeld an den Gläubiger entrichtet hat, ist der Kauf nicht perfekt geworden. Es ergiebt sich so eine Kontroverse von großer Tragweite[2]); faßt man die lex commissoria als Resolutivbedingung auf, so ist pendente condicione (zwischen dem Momente des Vertragsschlusses und dem des Zahlungstermins) das Rechtsgeschäft in seiner Wirkung vorhanden; sucht man in ihr eine Suspensivbedingung, dann nicht. Man behauptet nun, daß schon l. 2, § 3, D. 41, 4 die Alternative einer suspensiven und einer resolutiven lex commissoria anerkenne,[3]) und zieht zum Beweise die l. 21 D. 19, 2 in Verbindung mit der l. 22 D. eod. heran. Hier ist von einem Grundstückskauf die Rede, bei welchem die Kontrahenten die Abrede getroffen haben, bis zur Zahlung des Kaufgeldes solle das Grundstück dem Käufer vermietet sein; für den Fall, daß dieser nun nicht zahlt, heißt es: „si pretio non soluto inemta res facta sit, tunc ex locato erit actio.“ Daraus, daß der Verkäufer die Klage aus dem Mietsvertrage hat, folgt, daß der Kauf bis zum Zahlungstermin nicht perfekt ist. Hiernach wäre unter der lex commissoria ein Eigentumsvorbehalt des Verkäufers für den Fall eines etwaigen Verlustes zu verstehen, während die lex

---

[1]) Glück, a. a. O. XVI, 284ff. — Burckhard, a. a. O. Bd. 51. S. 162ff. — Wendt, Reurecht und Gebundenheit, Heft II, S. 42ff.

[2]) Vgl. auch Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, Heft II, S. 26ff.

[3]) Vgl. Glück, Erläuterungen XVI, S. 275: „Keineswegs ist zu behaupten, daß eine suspensive Bedingung der Natur der lex commissoria zuwider sei.“

commissoria dem Verkäufer doch gerade als Ersatz für erlittenen Schaden Eigentum verschaffen will. Abgesehen von dem Tadel, den eine solche Kombination verdient, muß es unverständlich bleiben, wie man die angeführten Digestenstellen mit der lex commissoria in Verbindung bringen kann. Sprechen sie doch klar und deutlich von einer Sondervereinbarung des Inhalts, daß bis zum Zahlungstermin die Sache vermietet sein soll, und nicht schlechthin von einem bedingten Kauf.

Aber selbst die Annahme eines suspensiv bedingten Kaufes ist mit der herrschenden Meinung von der Hand zu weisen,[1]) obwohl sie in der westgothischen Interpretation eine Stütze fand. Die betreffende Stelle lautet:[2]) Commissoriae cautiones dicuntur in quibus debitor creditori suo rem ipsi oppigneratam ad tempus vendere per necessitatem conscripta cautione promittit, quod factum lex ista revocat et fieri penitus prohibet: ita ut, si quis creditor rem debitoris sub tali occasione visus fuerit comparare, non sibi de instrumentis blandiatur, sed cum primum valuerit ille, qui oppressus debito vendidit, pecuniam reddat et possessionem suam recipiat." Der Verfasser dieser Stelle sieht in der lex commissoria einen bedingten Pfandverkauf; aber das klassische römische Recht teilt diese Ansicht ganz und gar nicht. Man hat allerdings die fragmenta Vaticana herbeigeholt und behauptet, dieselben beweisen im § 9, daß die lex commissoria einen bedingten Kauf in sich schließe. Hier heißt es allerdings wörtlich: nec incerti pretii venditio videbitur, si convenerit, ut pecunia fenoris non soluta creditor jure empti dominium retineat," aber weder die herausgegriffene Stelle noch der Zusammenhang des ganzen Abschnittes läßt den Schluß zu, daß von der lex commissoria die Rede ist: „Allein es ist hier nur davon die Rede, was bei der Berechnung der Falcidia zum Nachlaß zu rechnen sei. Ist nun eine Sache verkauft worden, aber so, daß sie wegen der angehängten lex commissoria oder wegen der addictio in diem wieder an den Käufer zurückfällt, so wird sie darum noch als Teil des Nachlasses angesehen, weil die dem Verkäufer deßhalb zustehende Klage unstreitig zu seinem Vermögen gehört."[3]) Es ist demnach aus dem Text der Stelle nicht zu entnehmen, daß die lex commissoria als condicio suspensiva möglich ist. In den Quellen findet sich vielmehr die lex commissoria ausschließlich in der Bedeutung der Resolutivbedingung. So stellt Pomponius in der l. 2 D. h. t. wörtlich für die lex commissoria die Formel auf: si ad diem pecunia

[1]) Matthiae, Kontroversenlexikon lex com. II, 1.

[2]) Vgl. Warnkönig im Archiv f. civil. Praxis, Bd. 24, S. 313.

[3]) Glück, Erläuterungen XVI, 275.

soluta non sit, ut fundus inemtus sit.“ Es ist doch hier verbis directis gesagt, das Grundstück solle „inemtus“ d. h. der Kauf solle aufgelöst sein: folglich muß der Kauf vorher bestanden haben. Ferner sagt Ulpian in der l. 4 eod. unter Hinzufügung der Worte: „hoc est“ ganz unzweideutig: „si fundus lege commissoria venierit, hoc est, ut nisi intra certum diem pretium sit exsolutum, inemtus fieret“ und fährt dann weiter fort: „Et quidem finita est emtio.“

Gegen die herrschende Meinung könnte man einwenden: daß in keiner Quellenstelle der suspensiven lex commissoria Erwähnung geschieht, beweise doch nicht, daß die lex commissoria niemals Suspensivkraft gehabt habe und gehabt haben könne; aus den Quellen gehe nur hervor, daß die lex commissoria als Resolutivbedingung gewöhnlich und am ausgiebigsten Verwendung fand. Ja, man könne sogar auf Ulpian verweisen, der ja in der l. 1. D. h. t, wörtlich sagt: magis est, ut sub conditione resolvi emtio quam sub conditione contrahi videatur.“ Was heißt denn aber „magis est“? Burckhard [1]) erklärt, es bedeute: „es spricht mehr dafür aus sachlichen Gründen nach allgemeinen Grundsätzen, daß die lex commissoria eine Resolutivbedingung involviert.“ Bei dem unmöglich zufälligen tiefen Schweigen der Quellen über eine suspensive Kraft der lex commissoria ist ihm beizupflichten, [2]) daß „magis est, ut“ soviel heißen soll als wie „in der Mehrzahl der Fälle“ oder gar „es ist wahrscheinlicher“ muß unseres Erachtens zurückgewiesen werden. Sabinus vertrat die gegnerische Meinung und behauptete, daß die gekaufte, noch nicht bezahlte Sache nicht ersessen werden könne, die lex commissoria also Suspensivbedingung sei, wozu Paulus in der l. 2 § 3 D. 41, 4 bemerkt: videamus, utrum condicio sit hoc an conventio: si conventio est, magis resolvetur, quam implebitur.“ Aus dieser Stelle wird die Bedeutung von „magis“ klar; es ist zwar der Form nach ein Komparativ, hat aber den Sinn, welchen Burckhard ihm beigelegt, denn aus dem Sprachgebrauch der Quellen gewinnt man den Eindruck, daß „condicio“ schlechthin gleichbedeutend ist mit „Suspensivbedingung“ und „conventio“ wie vielfach, so auch hier mit „Resolutivbedingung“ zu übersetzen ist. [3]) Somit erweist sich als

[1]) Burckhard im Arch. f. civ. Prax. Bd. 51, S. 164.

[2]) Vgl. l. 38. pr. D. de minoribus 4, 4 und l. 23 D. oblig. et action. 44, 7.

[3]) Vgl. Dernburg, Pandekt. I. § 112 (S. 266); Wolff, von der Mora, S. 77—79: „Die lex commissoria ist ein selbständiger Vertrag-conventio, keine condicio, d. h. keine Suspensivbedingung. Sobald eine lex commissoria vorliegt, ist die quaestio facti, ob conventio oder condicio entschieden.“

quellenmäßig und richtig, daß die lex commissoria einzig und allein den Charakter einer Resolutivbedingung trägt. [1]) Wir möchten sogar noch weiter gehen und mit Burckhard behaupten, daß diese Resolutiveigenschaft der lex commissoria nicht von den Quellen aufgedrängt ist, sondern im Wesen der lex commissoria begründet liegt. Die gegenteilige Ansicht wird am besten durch den Umstand entkräftet, daß dem Gläubiger nach Ablauf des Zahlungstermins noch die Wahl zusteht zwischen der Befriedigung aus dem Kontrakte und der Befriedigung aus der Nebenabrede der Verfallklausel. Könnte denn der Gläubiger auf die Erfüllung des Kontraktes klagen, wenn ein Kontrakt von der Zahlung seitens des Schuldners gar nicht gültig zustande gekommen ist? Dieses jus eligendi des Gläubigers setzt, wie dem auch immer sei, stets einen perfekten Vertrag voraus. Man kann auch hier entgegenhalten, das Wahlrecht des Gläubigers könne doch durch Parteiübereinkunft ausgeschlossen werden, so daß dann die lex commissoria sehr wohl suspensive Funktion ausüben könne. [2]) Ja dann ist es aber keine lex commissoria mehr, da das jus eligendi des Gläubigers ein integrierender Bestandteil der lex commissoria ist. Hier liegt gerade die in der l. 3 C. 8, 35 getadelte Härte der lex commissoria, daß der Gläubiger den Schuldner vollständig in seiner Gewalt hat und nach Willkür ihn zur Befriedigung aus dem Vertrage drängen oder sich aus seinem verwirkten Eigentum bezahlt machen kann.

§ 3.

II. Doppelte Resolutivbedingung?

Auch Windscheid [3]) ist der Meinung, daß die lex commissoria eine Resolutivbedingung enthalte, unterscheidet aber noch, indem er die lex commissoria kurz als Gestattung des Rücktrittes definiert und sagt: „Der Vertrag mit gestattetem Rücktritt ist im Zweifel anzusehen als abgeschlossen unter einer auflösenden Bedingung, deren Inhalt entweder schlechthin der ist, daß eine Partei die Wiederaufhebung

[1]) Erwähnung verdient hier die Anführung Endemanns in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, S. 707, Anm. 8: Nach dem Code civil Artikel 1184, 1654 wohnt eine auflösende Bedingung allen synallagmatischen Verträgen inne; erfüllt der Gegner nicht, so hat der Berechtigte eine Resiliationsklage, die ex tunc wirkt und alle inzwischen getroffenen Verfügungen mit dinglicher Kraft beseitigt — sog. lex commissoria tacita. — Vgl. Heuser, a. a. O. S. 7 ff.

[2]) Hierfür erklärt sich z. B. Bechmann, System des Kaufs nach gem. Recht, Band II, 1 S. 520, Anm. 4.

[3]) Pandekten Bd. II, S. 316 ff.

des Vertrages wollen sollte, oder der, daß ein gewisser Umstand eintreten und dann eine Partei die Wiederaufhebung wollen sollte." Er sieht also in der lex commissoria gewissermaßen eine doppelte Resolutivbedingung: und in der That steht es ja auch so, daß neben der eigentlichen Resolutivbedingung der Nichtinnehaltung der Zahlungsfrist seitens des Schuldners noch der Wille des Gläubigers wesentlich und entscheidend in Betracht kommt. Ipso jure, d. h. wider den Willen dessen, zu dessen Gunsten die Klausel ausgemacht ist, tritt diese ja nicht in Kraft; hierin liegt das Rücktrittsrecht.[1])

Zur nämlichen Ansicht bekennt sich m. E. Wendt,[2]) welcher die lex commissoria unter die Kategorie der „Reuverträge," d. h. nicht im engen Sinne des pactum displicentiae, zählt und allgemein von diesen sagt: „Der Reuvertrag selbst tilgt und liberiert noch keineswegs; er ändert an der Existenz und Wirkung des Hauptgeschäftes in keiner Weise. Die den Vertrag bildenden Willenserklärungen geben nur das Reurecht d. h. das Fundament der damit erst möglichst werdenden Rescission. Diese aber bedarf neuer selbständiger Willensentschließung." Wendt verteidigt allerdings den Satz, daß die lex commissoria nicht unter die Resolutivbedingungen gehört, und legt infolge der Negation des Bedingungsbegriffes den Ton auf die Eigenschaft als Reuvertrag. Auch er betont vor allem das Willensmoment und meint, auch in den Quellenstellen liege der Ton auf dem velle bezw. nolle des Berechtigten;[3]) dieser Weg führt ihn dazu, die lex commissoria der reinen Potestativbedingung gleich zu achten, weil sie einen unter einer Potestativbedingung abgeschlossenen Reuvertrag darstelle. Es bleibt doch aber zu bedenken, daß dieser Reuvertrag nicht selbständig dasteht, sondern stets einem Hauptgeschäfte hinzugefügt ist und dessen Auflösung für den Fall der Nichtinnehaltung einer gesetzten Frist bezweckt, also im Verhältnis zu diesem Hauptvertrage Resolutivcharakter besitzt. Im Grunde genommen läuft daher auch die Auffassung Wendt's von der juristischen Natur der lex commissoria auf die Windscheid'sche Konstruktion der doppelten Bedingung hinaus.

Bechmann[4]) endlich konstruiert die lex commissoria als „resolutiven Vorbehalt," inhaltlich dessen „sich der eine Teil vertragsmäßig dem Willen des anderen Teils, das Geschäft rückgängig zu

[1]) Vgl. Schollmeyer, das Recht der einzelnen Schuldverhältnisse im B. G. B. im Kommentar zum B. G. B., bearbeitet von Hölder u. s. w., S. 272.

[2]) Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, Heft II (Die Reuverträge).

[3]) Wendt, a. a. O. S. 52, 55.

[4]) System des Kaufs nach gem. Recht, Bd. II, 1 S. 489 ff., 522, 531.

machen, unterwirft," und bezeichnet damit gleichfalls das auf Seiten des zum Rücktritt Berechtigten liegende Willensmoment als vorherrschend. — Alle drei genannten von einander abweichenden Konstruktionsideen gehen mit Recht von der Grundanschauung aus, daß der lex commissoria zwei streng auseinander zu haltende Momente innewohnen: ein Pflicht- oder Schuldnermoment und ein Willens- oder Gläubigermoment. Mit dem Namen Pflicht- oder Schuldnermoment bezeichne ich kurz die Verpflichtung des Schuldners zur Innehaltung der Zahlungsfrist und mit dem Namen Willens- oder Gläubigermoment das dem Gläubiger zustehende Wahlrecht zwischen dem Bestehen auf Erfüllung und dem Rücktritt. Meines Erachtens muß die Antwort auf die Konstruktionsfrage verschieden ausfallen, je nach dem man das Pflicht- oder das Willensmoment in den Vordergrund stellt: im letzteren Falle konstruiert man vom Standpunkte des Gläubigers aus, und es erscheint die lex commissoria als Rücktrittsvorbehalt, im ersteren Falle vom schuldnerischen Standpunkt aus, und hier zeigt sich die Rechtsverwirkung. Die lex commissoria ist nun aber beides: Rücktritts- und Verwirkungsklausel zugleich,[1]) und daher sind hinsichtlich der rechtlichen Konstruktion Pflicht- und Willensmoment gleichwertig zu behandeln. Nur wenn dies geschieht, kann die Konstruktion objektiv ausfallen und dann führt sie zu dem Ergebnis, daß die lex commissoria eine Abrede der Auflösung des Hauptvertrages unter doppelter Bedingung[2]) ist, d. h. eine doppelte Resolutivbedingung enthält.

Auch nach Bürgerlichem Gesetzbuche ändert sich hieran nichts. Zwar sagen die Motive zum Entwurf[3]): „Die Konsequenz der Resolutivbedingung ist der Rückfall der Sache ipse jure, die Dinglichkeit der lex commissoria. Wenn nun das Bürgerliche Gesetzbuch der Verfallsklausel die dingliche Wirkung nimmt und an ihre Stelle eine bloße obligatio ad restituendum in integrum setzt, so folgt daraus konsequenterweise, daß die lex commissoria des B. G. B. keine Resolutivbedingung im Sinne der römischrechtlichen Auffassung ist; und hierin liegt der Kern der Disharmonie zwischen dem alten und dem neuen Rechte." Da die Verwirkungsklausel des B. G. B. aber stets ein Rücktrittsrecht begründet, so kann ihr der resolutive Charakter nimmermehr abgesprochen werden, wenn auch derselbe in

[1]) Vgl. unten § 17.

[2]) D. h. unter der Bedingung, daß einmal die Zahlungsfrist ohne Erfüllung verstrichen und daß zum andern der Gläubiger willens ist, daß der Vertrag gelöst werde.

[3]) Motive zum Entw. eines B. G. B. II, 281 ff. — Vgl. Dernburg, Pandekten I § 112. Not. 7—9 (S. 266).

seinen Wirkungen abgeschwächt sein mag. Suspensive Wirkung hat also die lex commissoria weder im alten noch im neuen Recht.

§ 4.

III. Konventionalstrafe?

Es ist auch eine oft aufgeworfene Streitfrage, ob die lex commissoria einer Konventionalstrafe gleichsteht. Man kann wohl nicht leugnen, daß zwischen beiden eine gewisse Verwandtschaft besteht. Die lex commissoria bezweckt den Schuldner zu pünktlicher Erfüllung anzuhalten und droht ihm mit der Verwirkung seines Eigentums. Die Konventionalstrafe hat einen gleichen Zweck,[1]) doch muß man hier zwei Möglichkeiten unterscheiden: Die Konventionalstrafe ist einmal eine vertragsmäßige Strafe, welche auf Nichterfüllung der Vertragsbestimmungen gesetzt ist; dann kann der Gläubiger statt der Erfüllung die verwirkte Strafe verlangen. Zum andern kann eine Vertragsstrafe verabredet werden für den Fall nicht gehöriger bezw. nicht rechtzeitiger Erfüllung; hier kann der Gläubiger außerdem die Konventionalstrafe verlangen. Zu dieser zweiten Art ist die lex commissoria keinesfalls zu zählen, da ja der Gläubiger bei der lex commissoria nicht auf Erfüllung und Rechtsverwirkung Anspruch hat, sondern nur eins von beiden wählen darf.[2]) Auch zu der anderen Gattung der Vertragsstrafen darf man die lex commissoria schwerlich zählen; denn die Konventionalstrafe ist schlechthin verwirkt, während bei der Verwirkungsklausel der Wille des Gläubigers zu entscheiden hat. Die lex commissoria steht vielmehr gleichsam in der Mitte zwischen beiden Arten von Konventionalstrafen: in ihren Voraussetzungen kommt sie dem zweiten Fall der Vertragsstrafe gleich, denn sie greift bei nicht rechtzeitiger oder nicht gehöriger Erfüllung Platz, die Folgen teilt sie aber mit der anderen Art der Konventionalstrafe, denn der Gläubiger kann hier Erfüllung und die verwirkte Strafe nur elektiv, nicht kumulativ vom Schuldner verlangen. Gleichwohl besteht noch ein wesentlicher Unterschied: Die lex commissoria ist auf die Auflösung eines bestehenden Rechtsverhältnisses gerichtet, wohingegen die Konventionalstrafe „eine neue Verpflichtung begründet[3]) für

---

[1]) Dernburg, Pandekt. II § 46 (S. 130).

[2]) Wenn Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 657, Anm. 3 sagt: „Der Fall, von dessen Eintritt das Rücktrittsrecht abhängig gemacht wird, ist entweder die Nichterfüllung oder die nicht rechtzeitige Erfüllung innerhalb einer bestimmten Frist," so giebt er damit keineswegs zu, daß im letzteren Falle der Gläubiger kumulativ Erfüllung und Eintritt der Rechtsverwirkung beanspruchen kann.

[3]) Siehe Matthiaß, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Band I, S. 404.

den Fall der Nichteinhaltung des Hauptversprechens". Kurz „die Konventionalstrafe ist ein Vertrag, durch welchen ein Recht konstituiert wird, die lex commissoria nei Vertrag, durch welchen vorhandene Rechte aufgegeben werden".[1]) Von Wichtigkeit ist hier eine Entscheidung des Königlichen Ober-Tribunals,[2]) welche diesen wesentlichen Unterschied gleichfalls zu Grunde legt und sagt: „Konventionalstrafe liegt nur vor, wenn dem Gläubiger das Recht eingeräumt ist, im Straffall einen von der Hauptleistung verschiedenen Anspruch zur Geltung zu bringen. Von einer Konventionalstrafe spricht man dagegen nicht, wenn sich bei kontraktswidrigem Handeln des Verpflichteten der Hauptanspruch selbst umgestaltet." Daher ist lex commissoria keine Konventionalstrafe.

Erster Hauptabschnitt:

Die lex commissoria beim Kauf und bei ähnlichen Verträgen.

A. Wesentliche Erfordernisse der lex commissoria.

§ 5.

I. Fristbestimmung (Dies solutionis).

Schon die Quellen unterscheiden zwischen einer lex commissoria pignorum und einer lex commissoria außerhalb des Pfandrechts, welche sich bei Verträgen wie Kauf, Miethe, Werkvertrag findet. Das konstantinische Verbot der pfandrechtlichen lex commissoria erklärt und verschärft zugleich diesen Unterschied, sodaß es geboten erscheint, beide Arten der lex commissoria getrennt und zwar die gültige vor der verbotenen zu betrachten.[3])

Die im tit. D. de lege commissoria häufig wiederkehrenden Wendungen wie: „si ad diem pecunia soluta non sit" und: „nisi intra certum diem pretium sit solutum" weisen darauf hin, daß zu den Erfordernissen der lex commissoria zunächst die Festsetzung einer Zahlungsfrist gehört, was freilich in Anlehnung an l. 3 D. 18, 1 und an l. 41 pr. D. 6, 1 vielfach bestritten wird.[4]) Man gesteht zu, daß die Zahlungszeit gewöhnlich im Vertrage verabredet werde (l. 2, l. 4 pr.,

---

[1]) Vgl. Wolff, Zur Lehre von der mora. S 77—88.

[2]) Band 65, S. 38.

[3]) Die Frage der Einheitlichkeit der lex commissoria auf beiden Gebieten soll am Schlusse erörtert werden. Siehe unten § 17.

[4]) So Vangerow, Pandekten, Band I, S. 50.

l. 5 D. h. t.) aber man bestreitet, daß dies wesentlich notwendig ist Kann es wohl eine lex commissoria ohne Fristbestimmung geben? Eine solche müßte z. B lauten: wenn Schuldner nicht zahlt, fällt das Eigentum am Kaufobjekt an den Verkäufer zurück. Aber: quod sine die debetur statim debetur! Hier hätte die Abrede einer lex commissoria keinen Sinn, da sie das Rechtsgeschäft illusorisch machen würde.[1]) Beim einfachen Kauf tritt dies so recht deutlich hervor. Im Falle nicht sofortiger Zahlung des Käufers ist der Verkäufer — eben in Ermangelung einer Zahlungsfrist — an nichts gebunden, und der Erfolg ist hier der, daß der Gläubiger das abgeschlossene Geschäft jederzeit nach Belieben rückgängig machen kann. Hierin liegen nun allerdings die Wirkungen eines pactum displicentiae,[2]) aber mit dem Unterschiede, daß beim eigentlichen Kauf auf Probe der Käufer nach freiem Ermessen den gekauften Gegenstand zurückgeben und so den Kauf auflösen kann, während hier dieselben Folgen mutatis mutandis zu Gunsten des Verkäufers eintreten, d. h. dem Verkäufer das Recht geben vom Käufer jederzeit die Rückgabe des Kaufgegenstandes zu verlangen. Wohin die Annahme führt, es sei der lex commissoria eine Fristbestimmung nicht wesentlich, ist dadurch zur Genüge erwiesen.[3]) Nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch wird man kaum zu einem anderen Schlusse kommen können, wenngleich dem auch entgegengehalten werden kann, daß der § 360 eine Frist überhaupt nicht erwähne und der § 361 ausdrücklich von dem Ausnahmefall spreche, in welchem eine Frist bestimmt ist und dann vorschreibe, daß mit dem Ablauf der vereinbarten Frist das Rücktrittsrecht Platz greife. Auch § 355 käme hier in Betracht: „Ist für die Ausübung des Rücktrittsrechts eine Frist nicht vereinbart, so . . . .“ Hier ist zwar ausgesprochen, die Fristvereinbarung sei nicht unbedingt notwendig, aber diese Stelle handelt garnicht von der Zahlungsfrist, mit deren Ablauf die Rechtsverwirkung regelmäßig eintritt, sondern allgemein von der Frist, innerhalb deren dem Gläubiger das Rücktrittsrecht zusteht. Es ist also zwischen Zahlungsfrist und Rücktrittsfrist zu unterscheiden: mit dem Ablauf der ersteren geht der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig und gleichzeitig beginnt die allgemeine Rücktrittsfrist zu laufen, bis zu deren Ablauf sich der Gläubiger über die ihm zustehende Wahl erklären muß: entweder Erfüllung aus dem Hauptvertrage oder Geltendmachung der lex

[1]) Vgl. Burckhard im Archiv f. civ. Prax. Band 51, S. 156 ff.

[2]) Über die Verwechslung von lex commissoria und pactum displicentiae vgl. Burckhard im Archiv f. civ. Praxis, Bd. 51, S. 157.

[3]) Vergl. Müller im Archiv f. civ. Prax. Bd. 12, S. 237.

commissoria. Für den Fall, daß die Parteien die Vereinbarung einer Zahlungsfrist unterlassen haben, wird zweifellos der § 271 B. G. B. Anwendung finden: „Ist eine Zeit für die Leistung weder bestimmt noch aus den Umständen zu entnehmen, so kann der Gläubiger die Leistung sofort verlangen, der Schuldner sie sofort bewirken." Der gemeinrechtlich anerkannte Satz: quod sine die debetur statim debetur hat auch im Bürgerlichen Gesetzbuch Aufnahme gefunden und führt auch im Gebiete des modernen Rechts zu dem Ergebniß, daß eine lex commissoria ohne wenigstens stillschweigende Bestimmung einer Zahlungsfrist nicht nur praktisch unzweckmäßig, sondern logisch undenkbar ist. Bezweckt doch die lex commissoria die Aufhebung des Hauptvertrages, dem sie hinzugefügt ist, unter bestimmten Bedingungen d. h. die zeitliche Beschränkung seiner Gültigkeit, und die Konsequenz jeder Befristung ist das Vorhandensein einer Frist. Wenn es nach Bechmann[1]) nicht notwendig ist, daß die Frist von Anfang an fest bestimmt ist, sondern auch die nachträgliche Festsetzung derselben dem Gläubiger vorbehalten bleiben kann, so liegt hierin wiederum nur eine Bestätigung dafür, daß eine Zahlungsfrist gesetzt sein muß, wenngleich die Festsetzung der Dauer dieser zweifellos schon vom Vertragsschlusse ab laufenden Frist zeitlich hinausgeschoben werden kann. Gerät in diesem Falle der Gläubiger mit der Festsetzung der Frist in Verzug, so greifen zwingenderweise die allgemeinen Rechtsregeln Platz, nach denen der Schuldner dem Gläubiger eine angemessene Frist setzen kann, um ihn zur Ausübung seines Vorbehaltes anzuhalten. Ohne Fristsetzung ist die Leistung in jedem Falle sofort fällig.

Was nun die unerläßliche Fristbestimmung selbst betrifft, so genügt meines Erachtens die Vereinbarung einer „angemessenen" Frist, da sich ein etwaiger Parteienstreit über die Länge derselben durch richterliche Entscheidung erledigen läßt. Die Meinung, daß der Richter den kommissorischen Vertrag zu ergänzen und ohne einen voraufgegangenen Rechtsstreit die von den Parteien nicht festgesetzte Dauer der Frist zu bestimmen habe,[2]) wird hinfällig, da wie gesehen, die Zulassung einer angemessenen Frist durchaus dem Erforderniß einer Zahlungsfrist gerecht wird. Falls nämlich eine Fristbestimmung gänzlich fehlen sollte, so wird man eine angemessene als gewollt annehmen müssen, da bei der lex commissoria die Festsetzung eines Termins als unerläßlich und die „angemessene" Frist im Zweifel als

[1]) System des Kaufs nach gem. Recht, Band II, 1 S. 523.

[2]) Diese Meinung vertritt Thibaut im Widerspruch mit Sintenis. Vgl. Burckhard, a. a. O. S. 157.

ausreichend gilt. Manche kommen zu demselben Resultat, indem sie zur Bestimmung des Momentes, in welchem die Rechtsverwirkung eintritt eine Mahnung seitens des Gläubigers für notwendig erklären, da erst durch eine solche der Schuldner in Verzug gerate.[1]) Wieder andere fordern dazu noch, man müsse den Schuldner auch dann noch nicht zur Befriedigung des Gläubigers anhalten, sondern ihm nach erfolgter Mahnung noch eine kurze Frist gewähren.[2]) Diesen Ansichten ist aus zwei Gründen nicht beizustimmen: einmal, weil angesichts der Vertragsbestimmungen eine besondere Mahnung als überflüssig erscheinen muß, und zum andern, weil das weitere Hinausschieben des vertragsmäßigen Termins durch neue Fristbestimmungen der Klarheit der Rechtslage eher zuwider als dienlich ist. Von dem tit. D. 18, 3 abgesehen, welcher mit Bestimmtheit ein „certum tempus" oder einen „certus dies" fordert, zeigt uns ein Blick auf die Klausel der lex commissoria, daß sie auf das Vorhandensein einer bestimmten Frist zugeschnitten ist. Basieren doch alle rechtlichen Folgen einzig und allein auf der Innehaltung bezw. Nichtinnehaltung der Frist durch den Schuldner. Zahlt der Schuldner am genannten Termin, so hat die Verwirkungsklausel ihren Zweck erreicht und ist damit in Zukunft ausgeschlossen; erst wenn der Schuldner die Zahlung unterläßt, treten die Wirkungen der lex commissoria ein, aber — wie hervorzuheben ist — je nach dem Willen des Gläubigers. Hierin liegt ein zweites charakteristisches Merkmal der lex commissoria, welches Beachtung verdient.

§ 6.

II. Wahlrecht des Gläubigers zwischen Erfüllung des Hauptvertrages und Geltendmachung der lex commissoria (Jus eligendi).

Wird die Frist seitens des Schuldners nicht innegehalten, so hat der Gläubiger die freie Wahl zwischen der Erfüllung des Kontraktes und der Befriedigung aus der lex commissoria. Die Quellen drücken dies so aus: l. 3 D. h. t. legem commissoriam si volet, venditor exercebit, non etiam invitus. Das Bürgerliche Gesetzbuch hat zwar nicht diese alternative Fassung, sondern bezeichnet die Befugnis des Gläubigers als Berechtigung zum Rücktritt vom Vertrage (B. G. B. § 360), was jedoch genau dasselbe sagen will. Der Gläubiger kann sich also auch seines Rechtes aus der Verfallklausel

[1]) Vgl. Burckhard, a. a. O. S. 158 und 159. — Puchta, Pand. § 263, verneint dies, weil die l. 4 § 4 D. 18, 3 ganz allgemein rede.

[2]) Vgl. Glück, Erläuterungen, Bd. 16, S. 276.

begeben. Dieses Recht der freien Wahl ergiebt sich aus dem Wesen der lex commissoria; ist doch diese dem Hauptgeschäfte nur zur Sicherstellung des Gläubigers, also zu seinem Vorteil, beigefügt. Nimmt man dem Gläubiger die Wahl, so würde es vollkommen dem Schuldner überlassen sein, das Rechtsgeschäft rückgängig zu machen:[1]) er brauchte zu diesem Zwecke bloß die Zahlung zu unterlassen, wie dies aus der l. 2 D. h. t. hervorgeht: ita accipitur inemtus esse fundus, si emtor inemtum esse velit, quia is venditoris causa caveretur; nam si aliter acciperetur, exusta villa in potestate emtoris futurum, ut non dando pecuniam inventum faceret fundum, qui eius periculo fuisset.

Es fragt sich zunächst, ob denn dieses dem Gläubiger zustehende Wahlrecht an eine Frist gebunden ist oder gar unverzüglich nach fruchtlosem Ablauf des Zahlungstermins zu erfolgen hat. L. 4 § 2 D. h. t. sagt, der Gläubiger müsse diese Wahl „statim atque commissa lex est" vornehmen. Daß dieses „statim" im Sinne von „auf der Stelle" zu verstehen sei, ist nicht nur nicht anzunehmen, sondern würde der ganzen Gestaltung der kommissorischen Abrede widersprechen. Diese besagt doch, für die Nichterfüllung solle Schuldner damit bestraft werden, daß im Momente, in welchem der Termin verstrichen ist, das Rechtsgeschäft ungültig und sein Recht verwirkt sein soll. Zur Milderung dieser strengen Strafe ist dem Gläubiger die Wahl gelassen den Schuldner rücksichtslos in Verluste zu stürzen oder auf diese harte Auseinandersetzung mit ihm zu verzichten. Wie könnte denn nun unter diesen Umständen der Gläubiger verpflichtet werden, seine Wahl sofort beim Ablauf der Frist zu treffen? Es muß ihm doch, wenn anders das Wahlrecht seinen Zweck erfüllen und wirklich von Wert sein soll, gestattet sein, sich die Lage der Dinge zunächst zu überlegen; gerade in den Fällen, wo dem Gläubiger an einer für beide Parteien vorteilhaften Auseinandersetzung liegt, braucht er Zeit zur Erwägung, ob der eine oder der andere Weg zu bevorzugen ist. Vor dem Ablauf der Zahlungsfrist weiß er noch nicht, ob der Schuldner ihn befriedigt, und kann sich daher noch nicht schlüssig machen. Der Schuldner zahlt ihm vielleicht kurz vor dem Ablauf der Frist alles bis auf einen kleinen Rest; dann wird doch der Gläubiger auf einer etwa vorher schon getroffenen und übereilt ausgesprochenen Wahl nicht bestehen bleiben und aus der lex commissoria sein Recht geltend machen. Umgekehrt hofft der Gläubiger vielleicht sein Geld rechtzeitig zu bekommen, entscheidet sich für den Verzicht auf sein Recht und sieht sich dann später betrogen. Ja, es würde der Tendenz des zu Gunsten

[1]) Vgl. Glück, Erläuterungen, Bd. 16, S. 299.

des Gläubigers getroffenen Nebenabkommens widerstreiten[1]), wenn der Gläubiger bei Verlust seines Rechtes verpflichtet sein sollte, sich unverzüglich zu erklären. Statim bedeutet daher in der erwähnten Digestenstelle unstreitig so viel wie intra modicum tempus, innerhalb einer angemessenen Frist.[2]) L. 21. § 1. D. de const. pecunia 13, 5 schreibt eine solche von 10 Tagen vor; doch gilt diese wohl willkürliche zeitliche Begrenzung zweifellos nicht allgemein. So wird aus der l. 31 § 22 D. 21, 1 der Satz hergeleitet, daß mangels einer Fristbestimmung der Gläubiger sein Wahlrecht binnen 60 Tagen geltend machen müsse.[3]) Dies kann als richtig nicht anerkannt werden, läßt aber darauf schließen, daß man bestrebt gewesen ist, aus dem Rechtsverkehr heraus eine einheitliche angemessene Frist festzulegen.[4])

Das Bürgerliche Gesetzbuch bringt, da es die allgemeinen Vorschriften über den Rücktritt vom Vertrage auf die lex commissoria angewandt wissen will, im § 355 eine Neuerung: es setzt zunächst die Festsetzung einer — vom Augenblick der erfolgten Rechtsverwirkung an laufenden — Frist für die Abgabe der Rücktrittserklärung des Gläubigers voraus und bestimmt, daß, wenn eine derartige Frist von den Parteien nicht vereinbart ist, dem Rücktrittsberechtigten vom Schuldner eine angemessene Frist zur Abgabe einer Erklärung über die getroffene Wahl gesetzt werden kann. Das B. G. B. bestätigt also unsere Annahme, daß eine angemessene Frist genügt, indem es dem Schuldner sogar gestattet, dem Gläubiger eine Erklärungsfrist vorzuschreiben. Es ist ferner von Wichtigkeit, festzustellen, ob die Wahl des Gläubigers der Annahme durch den Schuldner bedarf.[5]) Aus dem Umstande, daß es dem Gläubiger vollständig anheimgestellt ist, sich für oder gegen die Geltendmachung seines Rechts aus der lex commissoria zu entscheiden, folgt, daß der säumige Schuldner auch in dieser Hinsicht vom Gläubiger abhängig ist und sich in die Entscheidung des Gläubigers finden muß, wie dieselbe auch ausfallen mag. Der Gläubiger kann sich auch stillschweigend erklären; kon-

---

[1]) Seuffert, Archiv Band 32, Nr. 139.

[2]) Lazarus, das Recht des Abzahlungsgeschäfts nach geltendem Recht und B. G. B., S. 51 und 52 giebt dem Gläubiger noch nach teilweiser fruchtloser Zwangsvollstreckung das Recht der Wahl. Das geht m. E. zu weit.

[3]) Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts, Band II, S. 318, Anm. 14. — Wendt, a. a. O., S. 124.

[4]) Hierzu stimmt auch die von Wendt, Neurecht und Gebundenheit, Heft II, S. 38 erwähnte lex commissoria legalis bei der Pacht im Falle zweijährigen Rückstandes der pensio.

[5]) Vgl. Glück, Erläuterungen, Bd. 16, S. 301 und 302.

kludente Handlungen wie die Einforderung des Kaufpreises nach Ablauf der Zahlungsfrist führen ebenso den Verzicht auf die Geltendmachung der lex commissoria herbei wie eine diesbezügliche ausdrückliche Erklärung. Dies ist gerade für den Schuldner von Vorteil; er soll nicht dem Wankelmut des Gläubigers, der heute so, morgen anders spekuliert, preisgegeben sein. Es genügt demnach eine ausdrückliche oder stillschweigende Willenserklärung des Gläubigers über die getroffene Wahl, und diese bedarf nicht der Annahme von der Gegenseite. Dieser Auffassung entgegenstehende römische Quellenstellen giebt es nicht.[1]) Auch heißt es in einer Entscheidung aus Seufferts Archiv[2]): „Die Erklärung des wahlberechtigten Verkäufers ist an bestimmte Formen und Worte nicht gebunden. Es kommt nur darauf an, daß der Wille des Verkäufers, sein Wahlrecht in der einen oder der anderen Richtung auszuüben, einen erkennbaren Ausdruck gefunden hat . . . ." Wie ein solcher Willensausdruck erklärt werden müsse, sagt das Gesetz nicht. Es kommen dabei nur die allgemeinen Vorschriften über Willenserklärungen zur Anwendung. Ebenso ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch die Erklärung des Gläubigers über seine Wahl eine einseitige, aber empfangsbedürftige Willenserklärung; es heißt im § 349: „Der Rücktritt erfolgt durch Erklärung gegenüber dem anderen Teile." Hieraus folgt aber bei weitem noch nicht, daß der Verzicht auf das Rücktrittsrecht ein vertragsmäßiger sein, d. h. gegenüber der Gegenpartei erklärt und von ihr angenommen sein muß.[3]) Von einer Annahme durch die gegnerische Partei kann nur in soweit die Rede sein als sie die Willenserklärung des Gläubigers erhalten muß; der Schuldner muß dieselbe jedoch gelten lassen und sich in alles fügen. Die Willenserklärung wird in dem Zeitpunkte wirksam, in welchem sie dem anderen Teile zugeht.[4])

Die einmal getroffene Wahl ist unabänderlich[5]): post diem commissoriae legi praestitutum, si venditor pretium petat, legi commissoriae renuntiatum videtur, nec variare et ad hanc redire potest. (L. 7 D. h. t.) „Nemo potest mutare consilium suum in alterius iniuriam" ist überdies ein allgemeines Prinzip (l. 75 D. 80, 17). Den in der Erklärung liegenden Verzicht auf die Geltendmachung des in

[1]) Vgl. das Erkenntniß des R. O. H. G. zu Leipzig in Seufferts Archiv Bd. 33, Nr. 225.

[2]) Bd. 32, Nr. 139.

[3]) Dieser Meinung ist Cosack, Lehrbuch des Deutsch. Bürgerl. Rechts, Bd. I, S. 368.

[4]) Vgl. B. G. B. § 130 ff. und Motive zum Entw. eines B. G. B. II. 280.

[5]) Vgl. auch l. 4 § 2, l. 6. D. 18, 3 sowie Windscheid, Lehrb. des Pandektenrechts Bd. II, S. 318, Anm. 10.

der Erklärung nicht genannten Rechts kennzeichnet l. 4 C. 4, 54. Commissoriae venditionis legem exercere non potest, qui post praestitutum pretii solvendi diem, non vindicationem rei eligere, sed usurarum pretii petitionem sequi maluit. Theorie[1]) und Praxis[2]) stimmen hierin überein, und schließlich vertritt auch das Bürgerliche Gesetzbuch die Auffassung, daß der Gläubiger kein jus variandi hat.

Die Motive zum Entwurf eines B. G. B. sagen[3]): „Einmal abgegeben ist die Erklärung des Rücktritts unwiderruflich im Interesse des anderen Teils, welcher sich auf die Rücktrittserklärung muß verlassen können."

B. Die lex commissoria in ihrer Anwendung.

§ 7.

I. Ablauf der Zahlungsfrist.

Ehe der Gläubiger das ihm zustehende Recht aus der lex commissoria geltend machen kann, muß selbstverständlich die festgesetzte Frist bis auf die letzte Minute abgelaufen sein[4]) (l. 42. D. 45, 1; l. 38 pr. D. 4,4). Erst wenn der Schuldner die Leistung trotz ihrer Fälligkeit dem Gläubiger nicht anbietet, ist der Gläubiger über die Rechtslage Herr geworden. Und so wird die Frage, ob der Schuldner noch vom Gläubiger gemahnt werden müsse, von den meisten Rechtslehrern mit Recht verneint.[5]) Ulpian berichtet uns zwar in l. 4. § 4 D. h. t., Marcellus habe die Frage unentschieden gelassen: „Marcellus libro vicesimo dubitat, commissoria utrum tunc locum habet, si interpellatus non solvat, an vero si non obtulerit." Ulpian giebt seine Meinung aber sofort zu erkennen, indem er fortfährt: „Et magis arbitror offerre eum debere, si vult se legis commissoriae potestate solvere: quodsi non habet, cui offerat, posse esse securum." Wann sollte denn die Mahnung erfolgen? Vor dem Ablauf der Frist den Schuldner auf seine Pflichten aufmerksam zu machen, ist dem kommissorischen Vertrage nach nicht notwendig, ja sogar überflüssig, da in demselben eine bestimmte Frist vereinbart ist, binnen welcher — natürlich ohne vorhergehende Mahnung — bei Vermeidung der Rechtsverwirkung gezahlt werden muß. Eine

[1]) Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts II, § 323. — Derubrg, Pandekten II § 95, Nr. 6. — Sintenis, Civilrecht II, § 101, Nr. 21.

[2]) Seuffert, Archiv Bd. 31, Nr. 34, Bd. 33 Nr. 225.

[3]) Motive zum Entwurf eines B. G. B. II, 280.

[4]) Glück, Erläuterungen XVI, S. 277.

[5]) Windscheid, Pandektenrecht Bd. II, S. 317 und daselbst Anm. 8.

Mahnung nach Ablauf der Zahlungsfrist vernichtet sogar das dem Gläubiger zustehende Recht, die lex commissoria geltend zu machen (l. 7. D. h. t.). [1] Bekanntlich hat der Gläubiger, wenn die Bedingung der Verfallklausel erfüllt ist, das Recht zwischen der Befriedigung aus dem Kontrakte und der Geltendmachung seines Rechts aus der lex commissoria zu wählen, kann aber die einmal getroffene Wahl nicht wieder rückgängig machen. In der Mahnung kommt die Erklärung des Gläubigers zum Ausdruck, er wünsche die Befriedigung aus dem Hauptvertrage, und hierin liegt ein Verzicht auf die Geltendmachung seines Rücktrittsrechtes, [2] es sei denn, daß die Mahnung ausdrücklich unter Vorbehalt des Rücktrittsrechtes geschieht. Es handelt sich in unserem Falle um eine genau bestimmte Frist, und darum gilt hier die aus der Glossatorenzeit stammende Regel: dies interpellat pro homine, wie wir sie in der l. 12. C. 8, 38 ausgesprochen finden: „sancimus, ut, si quis certo tempore facturum se aliquid vel daturum stipulatori vel alii, quem stipulator voluit, promiserit, et adiecerit, quod si statuto tempore minime haec perfecta fuerint, certam poenam dabit, sciat minime se posse ad evitandam poenam adiicere, quod nullus eum admonuit. Sed etiam citra ullam admonitionem eidem poenae pro tenore stipulationis fiet obnoxius, quum ea quae promisit, ipse in memoria sua servare, non ab aliis sibi manifestari poscere debeat." Das Bürgerliche Gesetzbuch verwirft auch ausdrücklich die Zulässigkeit einer Mahnung und betont im § 284 Absatz 2: „Ist für die Leistung eine Zeit nach dem Kalender bestimmt, so kommt der Schuldner ohne Mahnung in Verzug, wenn er nicht zu der bestimmten Zeit leistet." Daß eine nur teilweise erfolgende Befriedigung den Schuldner vor den Folgen der lex commissoria nicht schützt, geht einmal aus dem Sinn der Verwirkungsabrede hervor, daß nämlich bis zum bestimmten Termin das Geschuldete, d. h. die ganze Summe zu zahlen sei; [3] zum anderen ergiebt sich dies aus der grundlegenden Norm, daß eine Teil-

[1] Glück, Erläuterungen XVI, S. 277 ff.

[2] Vgl. dagegen R. G. in Seufferts Archiv, Bd. 52 Nr. 240, S. 425 ff., wo dahin entschieden ist: „Die lex commissoria eines Kaufvertrages beim Zahlungsverzuge wird nicht durch bloße Mahnung ausgeschlossen." Diese Auffassung steht und fällt mit dem meines Erachtens irrigen Bestreiten des Erfordernisses einer Frist, innerhalb welcher der Schuldner gehalten ist, den Gläubiger zu befriedigen. — Siehe auch Oertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, S. 89 Vorbemerkung zu §§ 350 ff. — Gleichwohl lassen doch allgemein konkludente Handlungen auf Verzicht der Geltendmachung der lex commissoria schließen.

[3] Vgl. l. 25 § 13 D. 10, 2; l. 47 D. 19, 1. — Thibaut, System des Pandektenrechts Bd. II, § 959.

Befriedigung einer nicht erfolgten gleich zu achten ist. (l. 5. § 3 und 4. D. 45, 1).[1])

Die Gegner, welche eine Mahnung für notwendig erachten, gehen dabei von der Ansicht aus, die lex commissoria werde nur im Falle vorhandener mora verwirkt, und meinen, diese mora setze culpa voraus, welche in Ermangelung einer Zahlungsfrist nur durch Mahnung entstehe. Indessen ist culpa des Schuldners nicht erforderlich; auch bei schuldloser Nichterfüllung kann der Schuldner dem Rücktritt des Gläubigers nichts in den Weg stellen,[2]) und so ist nach den hier zur Anwendung kommenden Grundsätzen die lex commissoria mit dem rein faktischen Eintritt der Bedingung, an die sie geknüpft ist, auch verwirkt. Nur wenn der Gläubiger selbst an der Unmöglichkeit seiner rechtzeitigen Befriedigung die Schuld trägt, indem er culposer oder gar doloser Weise den Schuldner außer Stande gesetzt hat, seinen Vertragsverpflichtungen nachzukommen, nur dann ist die lex commissoria kraftlos.[3]) Diese Fälle erkennen auch die Quellen als Ausnahme an. L. 4. § 4. D. h. t. bringt dies in den Worten zum Ausdruck: „quodsi non habet, cui offerat, posse esse securum." Scaevola führt in l. 8. D. h. t. einen konkreten Fall an.[4]) Das Bürgerliche Gesetzbuch stimmt hiermit überein und erklärt, daß der Schuldner aller seiner Rechte verlustig geht, wenn „die Leistung nicht innerhalb der bestimmten Frist erfolgt." (§ 361). Für den Fall, daß der Gläubiger anfangs die Zahlung aufhält, nachher aber der Schuldner säumig wird, steht folgerichtiger Weise der Anwendung der lex commissoria nichts im Wege.[5]) Ist der Schuldner nun einmal in mora, so ist ihm eine jede Möglichkeit genommen, das Geschehene wieder gut zu machen. Entgegen mehrfachen Behauptungen ist ihm eine purgatio morae nicht einzuräumen. Eine solche könnte nur entweder in der Weise ermöglicht werden, daß der Gläubiger eine neue Zahlungsfrist bestimmt oder dadurch, daß der Schuldner die Leistung nachträglich anbietet, solange der Gläubiger sich nicht über die Wahl der Befriedigung aus der lex commissoria erklärt hat. Die Zulassung einer purgatio morae ist

---

[1]) Ebenso B. G. B. § 266. — Nur der Wechselgläubiger muß sich Teilzahlungen gefallen lassen. Vgl. Allg. deutsche Wechselordnung, Artikel 38.

[2]) Vgl. Endemann, Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd I., S. 657; Fischer—Henle, Handausgabe des B. G. B., S. 167, Anm. 2 zu § 360; — Windscheid, Pandektenrecht Bd. II, S. 317.

[3]) Vgl. Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts, Bd. II S. 318, Anm. 9.

[4]) Vgl. die Besprechung dieses Falles bei Glück, Erläuterungen XVI, S. 281 ff.

[5]) Vgl. l. 51 § 1. D. de act. emt. et vend. 19, 1.

also im Einzelfall der Willkür der Parteien vollkommen anheimgestellt und nicht allgemeine Rechtsvorschrift. Ist der Schuldner überhaupt befugt die Leistung nach Ablauf der Frist dem Gläubiger anzubieten? Entschieden nein, denn mit dem Eintritt der Bedingung ist das Rechtsgeschäft ipso jure aufgelöst; emtio finita est, wie die Quellen sagen. Hierin liegt ja gerade die Tendenz der lex commissoria, die Verwirkung. Man könnte zwar mit der entgegengesetzten Meinung geltend machen: bevor sich der Gläubiger nicht entschieden habe, ob er Befriedigung aus dem Hauptvertrage oder aus der lex commissoria verlange, könne purgatio morae immer noch stattfinden. Man könnte sich dabei auf den Wortlaut der l. 2. D. h. t. stützen und behaupten, hiernach sei das Rechtsgeschäft erst aufgelöst, wenn der Gläubiger es durch die Wahl, die er trifft, aufgelöst wissen will.[1]) Dann könnte gleichsam der Gläubiger für eine zu späte Wahl dadurch gestraft werden, daß bis zur Wahl der Schuldner moram purgieren kann. Nimmt er nun nach der Vorschrift der l. 4. § 2. D. h. t. die Wahl „statim atque commissa lex est" vor, so ist die purgatio morae ausgeschlossen; zögert er mit der Wahl, so riskiert er, vom Schuldner noch gültig befriedigt zu werden. Dem widerspricht aber die Natur der lex commissoria, die ganze Art und Weise, in der sie angelegt ist. Das Wahlrecht des Gläubigers wird erst existent nach Eintritt der Bedingung: „Statim atque commissa lex est." Mit dem Ablauf des Termins ist das Recht des Schuldners eben schon verwirkt. Der Satz des Paulus in der l. 73 § 2. D. 45, 1: „promissor purgat moram post moram offerendo"[2]) ist nur dahin zu verstehen, daß das nachträgliche Angebot der verzögerten Leistung gegen die Folgen der mora, z. B. gegen Schadenersatzpflicht bei späterem Untergang der Sache schützt, nicht aber gegen die mora selbst.

§ 8.

II. Wirkungen der lex commissoria.

Den Erfordernissen einer Zahlungsfrist und eines Wahlrechts des Gläubigers, sowie den Regeln bei ihrer Geltendmachung entsprechend äußert die lex commissoria ihre Wirkungen. Was zunächst den Eigentumsübergang an der verwirkten Sache betrifft, so ergiebt sich merkwürdiger Weise gerade hier eine Kontroverse zwischen dem römischen Rechte und dem Bürgerlichen Gesetzbuch. Das erstere knüpft alle Folgen an das charakteristische „emtio finita est" und

[1]) Thibaut, Syst. des Pandektenrechts II 959.

[2]) Vgl Glück, Erläuterungen XVI, S. 304.

legt der kommissorischen Abrede dingliche Wirkung bei.[1]) Es bedarf also nicht erst der Tradition des betreffenden Gegenstandes, sondern ipso jure geht das Eigentum auf den Gläubiger über. Falls der Schuldner die Herausgabe der verwirkten Sache verweigert, so hat der Gläubiger die rei vindicatio, kann also auch einem Dritten gegenüber mit Erfolg klagen.[2]) Die Meinungen gehen aber hier auseinander; es wird auch behauptet, gegen den Schuldner müsse die Kontraktsklage angestrengt werden, indem man sich auf l. 4. pr. D. h. t. beruft,[3]) wo es heißt: „ . . . Et quidem finita est emtio, sed iam decisa quaestio est, ex vendito actionem competere, ut Rescriptis Imperatoris Antonini et Divi Severi declaratur.“ Wie kann aber von der Kontraktsklage die Rede sein, wo der Kontrakt eben gerade als aufgelöst gilt und die Erfüllung aus dem Kontrakte vom Gläubiger gar nicht verlangt wird? Es handelt sich nach den Quellen nicht um eine Auflösung des ganzen Hauptvertrages, sonst müßte es heißen: emtio et venditio finitae sunt; es soll vielmehr nur die emtio beseitigt werden. Der Vertrag wird, wohlgemerkt, nicht bis zu seiner Entstehung rückwärts aufgehoben, sondern nur der kraft der lex commissoria verfallene Vermögensgegenstand geht auf den Gläubiger über, und zwar ohne Zuthun der Parteien. Diese dingliche Verwirkung läßt das Bürgerliche Gesetzbuch vermissen:[4]) hier erzeugt die Geltendmachung der lex commissoria nur eine obligatorische Verpflichtung beider Parteien zur Rückerstattung alles dessen was eine jede von der andern auf Grund des Hauptvertrages erhalten hat.[5]) „Durch die Rücktrittserklärung unmittelbar wird für beide Teile eine selbständige unverjährbare Einrede gegen den Anspruch aus dem Vertrage und der persönliche Anspruch auf Zurückversetzung in die Lage begründet, als ob der Vertrag garnicht geschlossen wäre, eine obligatio ad restituendum in integrum.“[6])

Dieser markante Unterschied zwischen dem alten und dem neuen Rechte ist — gerade wegen seiner Schroffheit — nicht etwa dahin zu erklären, daß das Bürgerliche Gesetzbuch die dingliche Wirkung der lex commissoria mit Fleiß zur persönlichen Verpflichtung abgeschwächt hat, so daß die lex commissoria an sich in der Rechts-

---

[1]) Vgl. die historische Betrachtung bei Heuser, a. a. O. S. 23 ff.

[2]) Sintenis, Civilrecht, II § 101 u. 34. — Wolff, Von der mora, S. 239. — Matthiae, Kontroversenlexikon II. 9.

[3]) Glück, Erläuterungen XVI, S. 226.

[4]) Vgl. Dertmann, Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, S. 94.

[5]) B. G. B. § 346. — Motive zum B. G. B. Bd. II. 281—286.

[6]) Nach dem Sächsischen B. G. § 1436.

anschauung des Bürgerlichen Gesetzbuches an Schärfe verloren hätte. Vielmehr sagt § 360 ganz deutlich: „Ist ein Vertrag mit dem Vorbehalte geschlossen, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein soll, wenn er seine Verbindlichkeit nicht erfüllt, so ist der Gläubiger beim Eintritte dieses Falles zum Rücktritte vom Vertrage berechtigt," d. h.: Ist auch die Abrede der lex commissoria von den Parteien getroffen, so darf die Rechtsverwirkung, das „aller Rechte verlustig gehen" — und das ist die dingliche Wirkung! — auf keinen Fall eintreten, obwohl sie der Natur der lex commissoria nach unfehlbar eintreten müßte.[1]) Das Bürgerliche Gesetzbuch betont: An die Stelle der schroffen dinglichen Wirkung treten die gemäßigten Bestimmungen über den Rücktritt. Man könnte geradezu behaupten, daß das Bürgerliche Gesetzbuch das konstantinische Verbot auf die dingliche Wirkung der von jenem Verbot nicht getroffenen lex commissoria ausdehnt, mithin die dingliche Wirkung bei der lex commissoria schlechthin verbietet. Man könnte wiederum auch zweifelhaft werden und, auf das Prinzip der Vertragsfreiheit gestützt, behaupten, daß die Parteien auch nach heutigem bürgerlichen Recht sehr wohl die Verfallklausel im römischen Sinne, mit dinglicher Wirkung, gültig vereinbaren können. So deutet Schollmeyer[2]) die Vorschrift des § 360 als einen ergänzenden Rechtssatz, welcher nur im Zweifel, d. h. wenn die Parteien nichts anderes ausgemacht haben, Platz greife. Der gleichen Ansicht sind Windscheid[3]) und Matthiaß.[4]) Die Motive zum Entwurf eines bürgerlichen Gesetzbuches[5]) beseitigen indessen jeden Zweifel; sie sagen positiv, daß „das Bürgerliche Gesetzbuch der Verfallsklausel die dingliche Wirkung nimmt und an ihre Stelle eine bloße obligatio ad restituendum in integrum setzt," und betonen: „hierin liegt der Kern der Disharmonie zwischen dem alten und dem neuen Recht." Hiernach ist die Vorschrift des § 360 B. G. B. keine Dispositivvorschrift, sondern jus cogens, welches den Parteiwillen bindet und die Abrede der Dinglichkeit bei der lex commissoria ausschließt.

---

[1]) Im Gegensatz hierzu betont Schollmeyer in seinem Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse S. 272: „Selbst wenn der Vertrag die Klausel enthält, daß der Schuldner seiner Rechte aus dem Vertrage verlustig sein solle, so soll nur lex commissoria angenommen werden," als sei die lex commissoria schwächer als die Abrede der Verfallklausel; er scheint demnach beide — zum mindestens nach neuem Recht — nicht für identisch zu halten.

[2]) In seinem Kommentar zum Recht der Schuldverhältnisse, S. 273 (zu § 360).

[3]) Pandektenrecht. Bd. II, S. 317, Anm. 6, S. 318, Ziff. 3.

[4]) Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I, S. 408 ff.

[5]) II, S. 281 ff.

Wenn man den Akt der Auseinandersetzung zwischen Gläubiger und Schuldner verfolgt, so wird der Unterschied zwischen dem gemeinen und dem neuen bürgerlichen Rechte zum Gegensatz. Hier handelt es sich um die Fragen, was aus der Draufgabe (arrha), den Teilzahlungen und den inzwischen gezogenen Früchten des in das Eigentum des Gläubigers übergegangenen Vermögensgegenstandes wird. Früher ist es streitig gewesen, ob die hingegebene arrha zurückzugeben sei, oder ob es dazu einer ausdrücklichen Vereinbarung beim Abschluß der lex commissoria bedürfe. Die Quellen sind darüber scheinbar getrennter Ansicht, indem l. 8 D. h. t. und l. 1 C. 4, 54 den Verlust der arrha auf ausdrücklicher Abrede beruhen lassen, während die l. 6 pr. D. h. t. als stillschweigend verabredet annimmt, daß der Gläubiger die empfangene arrha behalten könne.[1]) Es ist zu Gunsten dieser letzten Digestenstelle zu entscheiden, da die beiden ersteren Stellen infolge der Erwähnung einer vorausgegangenen ausdrücklichen Abrede nicht beweisen, daß dieselbe immer ausdrücklich getroffen werden mußte (l. 9 § 1 D. 20,5). An der Wiederauflösung des Vertrages trägt ja auch nicht der Gläubiger die Schuld, sondern der Schuldner, der die vertragsmäßig festgesetzte Frist verstreichen läßt, ohne seinen Pflichten aus dem Vertrage zu genügen. Darum trägt die arrha bei der lex commissoria einen doppelten Charakter: sie ist Zeichen des Vertragsabschlusses und hat zugleich Straffunktion. Die arrha verfällt also dem Gläubiger. Nach Bürgerlichem Gesetzbuch tritt das Gegenteil ein, denn der Empfänger der Draufgabe darf sich mit ihr nicht bereichern, da sie zunächst nur den Vertragsabschluß bezeugen soll. Die Draufgabe ist daher im Falle der Aufhebung des Vertrages wieder zurückzugewähren.[2]) Auch in ihrer Eigenschaft als Vertragsstrafe verbleibt sie in unserem Falle dem Gläubiger, denn B. G. B. § 338 sagt: „ . . . Verlangt der Empfänger Schadensersatz wegen Nichterfüllung, so ist die Draufgabe im Zweifel anzurechnen oder, wenn dies nicht geschehen kann, bei der Leistung des Schadensersatzes zurückzugeben", und in der Geltendmachung des Rücktrittsrechtes aus der lex commissoria liegt eine Schadensersatzforderung.

Von jeher bestand eine Kontroverse über die Frage, ob der Gläubiger die vom Schuldner geleisteten Teilzahlungen bei der Auflösung des Geschäftes infolge der lex commissoria wieder herausgeben müsse.[3]) Der Streit dreht sich im Wesentlichen um die Aus-

[1]) Glück, Erläuterungen XVI, S. 287 ff. — Arndts, Pandekten § 249. — Eck in Holtzendorff's Rechtslexikon unter „lex commissoria".

[2]) B. G. B. §§ 336/347. — Motive zum B. G. B. II. 273.

[3]) Burckhardt im Arch. f. civ. Prax. Bd. 51, S. 334 ff.

legung der l. 4 § 1 und l. 6 pr. D. h. t., deren Wortlaut darum zunächst folgen möge: l. 4 § 1 D. h. t. Sed quod ait Neratius, habet rationem, ut interdum fructus emtor lucretur, quum pretium, quod numeravit, perdidit. Igitur Sententia Neratii tunc habet locum, quae est humana, quando emtor aliquam partem pretii dedit. l. 6 pr. D. h. t. De lege commissoria interrogatus ita respondit, si per emtorem factum sit, quominus lege pareretur, et ea lege uti venditor velit, fundos inemtos fore, et id, quod arrhae vel alieno nomine datum esset, apud venditorem remansurum. Diese Stellen werden von Cocceji, Sintenis[1]) und ihren Anhängern folgendermaßen ausgelegt: Neratius sagt, bisweilen gewinne der Käufer die Früchte der Sache, nämlich immer dann, wenn er den gezahlten Kaufpreis verloren hat. Ulpian fügt hinzu, was eigentlich selbstverständlich ist, Neratius meine: „wenn ein Teil des Kaufpreises gezahlt sei." Daß die lex commissoria garnicht zur Ausübung kommen kann, wenn der ganze Preis gezahlt ist, liegt auf der Hand. Unterstützt wird diese Meinung durch die zweite angeführte Digestenstelle, in der es heißt: „quod arrhae vel alieno nomine datum esset, apud venditorem remansurum," ebenso wie die arrha verfalle, werde auch das aus einem anderen Grunde Gezahlte verwirkt, und hiermit könne nur die Teilzahlung gemeint sein. Die Richtigkeit dieser Auslegung wird noch durch eine andere Gesetzesstelle erwiesen. L. 25 pr. D. 5, 3 sagt: . . . sed et si lege commissoria vendidit, idem erit dicendum, lucrum, quod sensit lege commissoria, praestiturum. Aus alledem folgt allerdings der harte Schluß[2]), daß wenn z. B. Schuldner, der 1000 zu zahlen hatte, 900 als Teilzahlung geleistet hatte und die restierenden 100 beim besten Willen nicht aufbringen konnte, außer der verwirkten Sache noch 900, also im Ganzen fast das Doppelte verlor. Der ehrliche Schuldner ist also erheblich schlechter gestellt als ein säumiger, der gar nicht zahlt und infolgedessen nur die Pfandsache hingeben muß. Diese Härte liegt aber in der Natur der lex commissoria.

Gegen diese Auffassung wenden die Vertreter der widerstreitenden Meinung ein, es sei hier garnicht an eine Lösung der Streitfrage gedacht: hier sei blos hypothetisch von dem Verlust des Kaufgeldes die Rede; nur daß dieser Verlust möglich sei, lasse sich

---

[1]) Burckhardt a. a. O. Bd. 51, S. 344ff.

[2]) Vgl. l. 85 § 6 D. de verb. obligat. 45, 1: „item si stipulatio facta sit: si fundus Titianus non datus erit 100 dari, nisi totus detur, poena committitur 100 nec prodest partes fundi tradere cessante uno quemadmodum non prodest ad pignus liberandum partem creditori solvere."

hieraus folgern.[1]) Dem ist jedoch nicht so, denn das „interdum“ bezieht sich in der Hauptsache auf den Gewinn der Früchte, also: bisweilen gewinnt der Schuldner die Früchte, nämlich wenn er keine Teilzahlung geleistet hat. Wenn eine Teilzahlung nicht erfolgt ist, muß der schwergeprüfte Schuldner mit der Sache stets auch die Früchte herausgeben.[2]) In dem Verbleiben der Früchte beim Schuldner liegt also ein Schadensersatz für den Verlust der Teilzahlungen. Da in den Quellen nichts Näheres bestimmt wird, so ist anzunehmen, daß dem Schuldner hierbei keine Beschränkung auferlegt ist, der Art, daß der Wert der Früchte den erlittenen Verlust nicht übersteigen dürfe.[3]) Man könnte hier einwenden: wie in aller Welt kann die Meinung des Neratius als „humana“ gelten, wenn der Schuldner abgesehen vom Verlust der verfallenen Sache rücksichtslos jede Teilzahlung ohne Weiteres verlieren soll! Entspricht dies den römisch-rechtlichen Anschauungen von der aequitas und der possessio sine causa? Nach dem soeben Ausgeführten ist die Hervorhebung, die Meinung des Neratius sei eine humane durchaus erklärlich, und zwar dahin, daß in der Entschädigung des Schuldners mit den Früchten für die verlorene Teilzahlung etwas Humanes liegt. Auf der Gegenseite behauptet man ferner: wie kann unter diesen Umständen der Gläubiger etwas behalten, was ihm als Erfüllung des Kontraktes gegeben ist, wenn der Vertrag aufgelöst ist? Hat er doch selbst vermöge seines Wahlrechtes die Befriedigung aus der lex commissoria gewählt und auf Vernichtung des Vertrages gedrungen. Es liegt jedoch in der lex commissoria, daß die Sache „inemta“ ist, also ist der Kaufpreis auch nicht geschuldet; der Gläubiger hat also ein indebitum in Händen. Dem ist zu entgegnen: Der Wortlaut und Sinn der kommissorischen Abrede sagt: „res inemta est“, die Sache solle „ungekauft“ sein, d. h. an den Verkäufer zurückfallen. Darin liegt nicht eine Auflösung des Kaufkontraktes, sonst stände in den Quellen sicher ein anderer Ausdruck, wie z. B. „emtio et venditio finitae sunt“ anstatt emtio finita est[4]) Die Teilzahlungen sind zur Erfüllung des Kaufkontraktes gezahlt und darum kein indebitum. Man wird daher die Anschauung aufrecht erhalten müssen, daß auch die Teilzahlungen dem Gläubiger verfallen und der Schuldner durch

---

[1]) Glück, a. a. O. S. 291 ff. — Vgl. auch Windscheid, a. a. O. Bd. II S. 318, Anm. 12.

[2]) Burckhard im Arch. f. civ. Prax. Bd. 51, S. 327. — Seuffert, Arch. Bd. 30, Nr. 143.

[3]) Anderer Meinung ist Burckhardt a. a. O.

[4]) Burckhard, a. a. O. Bd. 51, S. 334 ff.

die inzwischen gezogenen Früchte der verfallenen Sache entschädigt wird. Zu demselben Schluß kommt Dernburg[1]) auf Grund folgender Erwägung: „Müßte der Verkäufer Anzahlungen zurückgeben, wenn er von der Klausel Gebrauch macht, so läge in dem responsum von Scaevola (l. 6 pr. D. 18, 3), welcher doch seine Worte zu wägen pflegt, arge Gedankenlosigkeit." Zur l. 4 § 1 eod. bemerkt derselbe: „es soll nicht unmöglich sein, diese Stelle von einem besonderen Vertrage über den eventuellen Verlust des angezahlten Preises zu verstehen."

Die Normen des Bürgerlichen Gesetzbuches stehen zu den harten Grundsätzen des römischen Rechts direkt im Gegensatz. Das Bürgerliche Gesetzbuch läßt dem bedrängten und rücksichtsloser Ausbeutung preisgegebenen Schuldner seinen Schutz angedeihen, es hebt die dingliche Wirkung der lex commissoria auf und nimmt der Verwirkungsklausel ihre Schärfe, indem es beide Parteien obligatorisch verpflichtet, das aus dem Vertrage Empfangene gegenseitig auszutauschen.[2]) Und so erledigen sich die Fragen nach dem Verbleib der arrha, der Teilzahlungen und der Früchte, die im römischen Rechte sämtlich zu Gunsten des Gläubigers zu entscheiden waren, im entgegengesetzten Sinne.[3]) Daß die Draufgabe im Gegensatz zur römischen arrha dem Gläubiger nicht verbleibt, sondern dem Schuldner zurückgegeben werden muß, davon ist oben[4]) bereits die Rede gewesen. Bezüglich der übrigen Wirkungen der Ausübung des Rücktrittsrechtes auf Grund der lex commissoria enthalten die §§ 346—348 des Bürgerlichen Gesetzbuches kurze Vorschriften. Da alle rechtlichen Folgen des Vertrages nach rückwärts beseitigt werden sollen, so sind auch Teilzahlungen und Nutzungen jeder Art der Gegenpartei herauszugeben. Hat eine Partei der anderen auf Grund des Vertrages Dienste geleistet oder die Benutzung einer Sache überlassen, so muß sie durch Geld dafür entschädigt werden.[5]) Desgleichen können die Kontrahenten gegenseitig Ersatz für Verwendungen und Schadensersatz für Verschlechterungen beanspruchen.[6]) Eine empfangene

[1]) Dernburg, Pandekten II § 95 not. 22 (S. 263). — Sintenis, Civilrecht § 101, Nr. 31. — Dagegen Windscheid, Pand. II, § 323 not 12.

[2]) B. G. B. § 346; Motive II 281, 282.

[3]) Siehe Windscheid, a. a. O. Bd. II S. 317, Anm. 6.

[4]) S. 25 u. 26.

[5]) B. G. B. § 346.

[6]) Matthiaß bezeichnet die lex commissoria in seinem Lehrbuch des bürgerlichen Rechts, Bd. I S. 408 als „Vorbehalt der Rechtsverwirkung für die Vergangenheit und Zukunft." Hiernach wäre der lex commissoria des römischen Rechtes und des B. G. B. die dingliche Wirkung für die Zukunft gemeinsam eigen, während die dingliche Wirkung nur für die Vergangenheit vom B. G. B. beseitigt ist. — Vgl. Bechmann, a. a. O. S. 526 ff. und Windscheid Pand. Bd. II, S. 317, Anm. 6.

Geldsumme ist dem Gegner vom Empfangstage an mit 4 Prozent zu verzinsen, sodaß z. B. der Schuldner etwaige Teilzahlungen sogar verzinst erhält. Schließlich ist es nach Bürgerlichem Gesetzbuch Vorschrift, daß alle diese Verpflichtungen Zug um Zug zu erfüllen sind.[1])

Zweiter Hauptabschnitt:

Die pfandrechtliche lex commissoria.

A. Das Konstantinische Verbot der lex commissoria pignorum.

I. Ursache und Tragweite des Verbotes.

§ 9.

1. Seine Strenge und rückwirkende Kraft.

Das radikale Verbot der pfandrechtlichen lex commissoria durch die l. 3 Cod. 8, 35 des Kaisers Konstantin[2]) erfordert die weitgehendste Untersuchung. Die Ansichten der Civilisten und Kanonisten über die Ursache des Verbotes berühren sich inhaltlich fast ausnahmslos und kommen im Wesentlichen auf Folgendes hinaus: Während die Ersteren an der lex commissoria vorzugsweise tadeln, daß sie contra bonos mores und deßhalb zu verwerfen sei, erblickt die Mehrzahl der Letzteren in ihr ein Wuchergeschäft, welches dem jus divinum zuwider ist.

Die Fassung der c. 3. C. 8, 35 giebt den besten Aufschluß: Quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas . . . Die Härte des kommissorischen Vertrages ist es, die das Verbot notwendig gemacht hat. Beim bedingten Verkauf der Pfandsache stand dem Schuldner im Falle der Übervorteilung noch die Anfechtung wegen laesio enormis zu, hier aber, wo unter Umständen Alles auf dem Spiele stand, war er ohne jedes Rechtsmittel und sah sich rücksichtsloser Ausbeutung seitens gewitzigter Gläubiger machtlos gegenüber. Diesem Übelstande abzuhelfen, dazu war augenscheinlich das Verbot der lex commissoria berufen. Schutz dem Kapitalarmen gegen die Kapitalisten! lautete hier die ratio legis. Darum gehen wir nicht fehl, wenn wir das Verbot der lex commissoria auf sozialrechtliche Erwägungen Kaiser Konstantins zurückzuführen

[1]) B. G. B. § 348.

[2]) Vgl. oben S. 1 u. 2.

und den Grund des Verbotes in der kaiserlichen Fürsorge für das Gemeinwohl suchen.[1]) Über die Tragweite der konstantinischen Verordnung unterrichten uns die Textworte: placet infirmari eam et in posterum omnem eius memoriam aboleri: Si quis igitur tali contractu laborat hac sanctione respiret, quae cum praeteritis praesentia quoque depellit et futura prohibet. Neben der außerordentlichen Strenge, welche die lex commissoria in alle Ewigkeit verdammt, wohnt dem Verbot rückwirkende Kraft inne: die Verwirkungsklausel soll gleichsam mit einem Schlage aus der Welt verschwinden, selbst zur Zeit noch bestehende von ihr verschuldete Rechtsverhältnisse sollen beseitigt werden: creditores re amissa inbemus recuperare, quod dederunt. Wir bemerkten schon bei der Quelleninterpretation einen Textunterschied zwischen dem im Cod. Theod. und dem im Cod. Justinianeus wiedergegebenen Verbot, welcher in der Hinzufügung des Wortes pignorum durch Justinian besteht. Hieraus ersehen wir, daß die lex commissoria lediglich beim Pfandvertrag verboten wird, beim Kauf und anderen Verträgen dagegen auch fernerhin erlaubt bleibt.[2]) Man hat aus dem Justinianischen Zusatz den Schluß gezogen, daß erst Justinian das Verbot auf das Pfandrecht beschränkt habe, und daß dasselbe vor ihm auch bei allen anderen Verträgen gegolten habe. Als Beweis hierfür führt man außerdem an, daß das Verbot im Cod. Theod. mitten unter den Titeln von dem Kaufkontrakte stehe.[3]) Diese Vermutung wird jedoch durch den Schluß der c. 3. C. 8, 35 widerlegt: derselbe enthält die Ausführungsbestimmung des Verbotes: „creditores enim re amissa inbemus recuperare, quod dederunt“ und zeigt deutlich, daß auch Konstantin die Verfügung nur in Bezug auf die lex commissoria pignorum erließ. Aus der Hinzufügung des Wortes pignorum hat man weiter gefolgert, Justinian habe das Verbot auf das pignus im engeren Sinne, auf das Faustpfand beschränken wollen.[4]) Indessen findet sich das Wort pignus in den Quellen mehrfach in der Bedeutung, welche die hypotheca mit einschließt (§ 7 J. de act. 4, 6; l. 1. D. 13, 7), und es ist nicht abzusehen, welche inneren Gründe Justinian zu einer derartigen nachgiebigen Beschränkung hätten veranlassen können.

[1]) Vgl. Warnkönig, a. a. O. Bd. 24, 351ff. und Seuffert, Archiv Bd. 41, Nr. 177.

[2]) Warnkönig, a. a. O. Bd. 24, S. 368 ff.

[3]) So Dernburg, Pfandrecht II § 122.

[4]) Vgl. hierzu ein Urteil des O. H. G. zu Braunschweig in Seufferts Archiv, Bd. 41, Nr. 177. — Ferner Warnkönig, a. a. O. Bd. 24, S. 374/375.

2. Die Beschränkung des Verbotes auf den Pfandvertrag.

§ 10.

a) Das Verbot trifft eine jede lex commissoria beim pignus.

Des Weiteren ergiebt sich aus der Fassung der konstantinischen Verordnung, daß jede lex commissoria pignorum verboten ist. „Die Entstehungsgeschichte der lex commissoria zeigt, daß das Verbot, als es zuerst erlassen wurde, nicht auf die Fälle des Wuchers hat beschränkt werden sollen. Die lex commissoria ist schlechthin verboten, nicht bloß für den Fall der Übersteigung des Zinsmaximums durch den Pfandwert. Das Verbot der lex commissoria ist also nicht ein Verbot des Wuchers.[1]) Vielmehr enthält die konstantinische lex ein im Interesse des Gemeinwohles erlassenes, allgemeines, nicht auf den Fall des Wuchers beschränktes absolutes Verbot einer gewissen Verpfändungsweise.[2]) Mithin ist auch die sogenannte lex commissoria ex intervallo contracta, welche erst nachträglich, nach Abschluß des Pfandvertrages vereinbart ist, vom Verbote getroffen.[3]) Die früher herrschende Meinung behauptete das Gegenteil, und zwar hat man gegen die Allgemeinheit des Verbotes nicht nur Zweifel laut werden lassen, sondern geradezu Ausnahmen aufgestellt. Heute herrscht jedoch kein Zweifel mehr darüber, daß jene Behauptungen hinfällig sind und das Verbot der lex commissoria keine Ausnahme zuläßt;[4]) die Praxis bestätigt dies.[5]) Dennoch ist die Behauptung einer Ausnahme von unserem Verbot lange Zeit Gegenstand der communis opinio gewesen.

Die l. 81. pr. D. 18, 1 bot die Veranlassung zu dem Irrtum, die lex commissoria sei erlaubt, wenn sie zu Gunsten eines Dritten ausgemacht werde.[6]) Dieses Fragment enthält ein responsum des Scaevola folgenden Inhalts: „Titius cum mutuos acciperet totaureos sub usuris, dedit pignori sive hypothecae praedia et fidejussorem Lucium cui promisit intra triennium proximum se eum liberaturum: quod si non fecerit die suprascripta et solverit debitum fidejussor

---

[1]) Bezüglich des B. G. B. in dieser Hinsicht vgl. Haidlen, B. G. B. mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten, Bd. II S. 393 (zu § 1149).

[2]) Dies sagt eine Reichsgerichtsentscheidung. R. G. Bd. II, S. 333, Nr. 86.

[3]) Glück, Erläuterungen XIV, S. 92. — Vangerow, Pand. I § 383. — Warnkönig, a. a. O. Bd. 25, S. 78ff.

[4]) Windscheid, Pand. I, § 323 n. 3. — Sintenis, Pfandrecht § 28, I.

[5]) Seufferts Archiv Bd. 29, Nr. 207; — Windscheid, Pandektenrecht, Bd. I, S. 1079 (§ 238), Anm. 3.

[6]) Vgl. zu dem Folgenden: Warnkönig, a. a. O., Bd. 25, S. 88—110. — Ferner Vangerow, Pand. I, § 383. Anm. sub 3, S. 868/869.

creditori, jussit praedia empta esse quae creditoribus obligaverat. quaero cum non sit liberatus fidejussor Lucius a Titio, an si solverit creditori, empta haberet suprascripta praedia. respondit, si non in causam obligationis, sed ut empta habeat, sub conditione emptio facta est, et contractam esse obligationem." Über die Auslegung dieser Stelle hat großer Streit geherrscht, und auch in jüngster Zeit ist man sich noch nicht einig. Offenbar beantwortet Scaevola aber nur die Frage, ob der Bürge dadurch, daß er für den Schuldner zahlt, die Grundstücke käuflich erwirbt und sagt, es komme auf den animus praedia sibi habendi des Bürgen an; mit anderen Worten: es sei quaestio facti. Dennoch kann man aus dem Texte eine bejahende Entscheidung der Frage nach der Gültigkeit der lex commissoria zu Gunsten eines Dritten nicht herauslesen. Diese Frage ist vielmehr lediglich aus der Fassung des konstantinischen Verbotes zu entscheiden, und die l. 21. pr. D. 18, 1 ist hierbei ganz außer Betracht zu lassen. Es liegt nahe zu behaupten, die lex commissoria zu Gunsten eines Dritten sei gar keine lex commissoria pignorum sondern ein bedingter Kauf verpfändeter Sachen durch einen Dritten, wogegen man rechtlich nichts einwenden könne.[1]) Im vorliegenden Falle gereiche es doch dem Schuldner nur zum Vorteil, wenn der Bürge seine Schuld gegen eine angemessene Entschädigung auf sich nehme. Dies hieße aber den Hauptzweck der lex commissoria verkennen, daß nämlich die Pfandsache für den Betrag der Schuld zu Ungunsten des Schuldners verwirkt sein solle, und hieran ist auch bei einer lex commissoria zu Gunsten eines Dritten nichts geändert. Es ist doch gleichgültig, an wen der Schuldner die verfallene Sache herausgeben muß, die Härte des Einzelfalles wird dadurch nicht beseitigt. Im Übrigen tritt ja gerade der Bürge nach Befriedigung des Gläubigers an dessen Stelle, er hat das beneficium cedendarum actionum und erwirbt sich durch dasselbe das Pfandrecht, welches vorher der Gläubiger hatte. „Der Vertrag also, es solle dem zahlenden Dritten (Bürgen) das Pfand als Eigentum zufallen, ist eine wahre lex commissoria zu Gunsten eines Pfandgläubigers, d. h. nicht des ersten, sondern des zweiten."[2]) Wollte man nun eine solche lex commissoria zu Gunsten eines Dritten gelten lassen, so gäbe man den verschmitzten Gläubigern wieder eine Handhabe zur Umgehung des konstantinischen Verbotes, denn sie würden doch eine jede Gelegenheit wahrnehmen, um durch eine untergeschobene dritte Person ihr Ziel zu erreichen. Das Verbot der lex commissoria

[1]) Glück, Erläuterungen XIV, S. 101 ff.
[2]) Warnkönig, a. a. O. Bd. 25, S. 108.

würde dann völlig illusorisch sein. Dieser Grund und die Strenge der konstantinischen Verfügung lassen daher eine Ausnahme nicht zu.[1])

§ 11.

b) Das Verbot ist jus cogens.

Als eine Maßregel des Gemeinwohls gehört das Verbot der lex commissoria nicht in die Klasse der Dispositivvorschriften, es ist vielmehr jus cogens, quod privatorum pactis mutari non potest, und darum kann es niemals durch Privatwillkür beseitigt werden. Ein Verzicht des Schuldners auf die ihm aus dem Verbote zustehenden Rechte ist völlig unwirksam. Wäre dem nicht so, so würden die Gläubiger bald Mittel und Wege finden ihre Schuldner zum Verzicht zu veranlassen, und dann wäre das Verbot illusorisch. Andererseits folgt aus der Eigenschaft als jus cogens, daß das Verbot vom Richter ex officio zu berücksichtigen ist.[2]) Zwei Streitfragen haben von jeher eine Rolle gespielt: an valeat lex commissoria consuetudine firmata und an valeat lex commissoria jure jurando firmata. Die Verneinung der ersteren Frage ergiebt sich mit Notwendigkeit aus der Eigenschaft des konstantinischen Verbotes als jus cogens; sie folgt außerdem aus c. 2 Cod. 8, 53: Consuetudinis ususque longaevi non vilis auctoritas; verum non usque adeo sui valitura momento, ut aut rationem vincat aut legem.[3])

Die zweite Streitfrage nach der Gültigkeit der lex commissoria infolge eidlicher Bekräftigung ist mit gleicher Bestimmtheit zu verneinen.[4]) Befolgt doch das römische Recht den gesunden Grundsatz, daß der Eid einem Rechtsgeschäft keine größere Kraft beizulegen imstande ist, als es ohne denselben besitzt. L. 112 § 4 D. de legatis I bringt diesen Grundsatz zum Ausdruck: Divi Severus et Antoninus rescripserunt, iusiurandum contra vim legum et auctoritatem juris in testamento scriptum nullius esse momenti. Ebenso bestimmt Ulpian in l. 7 § 16 D. 2, 14, indem er sich auf Marcellus beruft: Et generaliter, quoties pactum a iure communi remotum est, servari hoc non oportet; nec legari, nec iusiurandum de hoc adactum, ne quid agat servandum Marcellus libro secundo Digestorum scribit. Schließlich geben uns die Kaiser Theodosius und Valentinian in der l. 5 § 2 C. de leg. I, 14 eine Bestätigung: „ . . . . . censuimus, nec stipulationem huius moditenere, nec mandatum ullius

[1]) Ebenda S. 109 und 110. — Vgl. dagegen Windscheid, Lehrbuch des Pandektenrechts Bd. I, S. 1079, Anm. 3, § 238.

[2]) Seuffert, Archiv Bd. 8, Nr. 237.

[3]) Warnkönig, a. a. O. Bd. 25, S. 110—114.

[4]) Windscheid, Pand. I, S. 376—377 (§ 83a).

esse momenti, nec sacramentum admitti.“ Verleiht man dem Eide ungerechtfertigter Weise die ihm grundsätzlich nicht zustehende Kraft, so beschwört man einen Umsturz aller Rechtsordnung herauf: denn, bedarf es bloß eines Eides, um eine mir unbequeme Gesetzesvorschrift für mich zu beseitigen, so kann ich, der ich sonst ein Unterthan der Rechtsordnung bin, mich mit gutem Gewissen über dieselbe erheben und vermittelst des Eides Gesetz und Recht willkürlich umstoßen. Wohin würde das führen! Auf unsere lex commissoria pignorum angewandt sagt obiger Grundsatz des römischen Rechts, daß ein ihr hinzugefügter Eid sie deßhalb nicht gültig macht, da sie an sich ein nichtiger Vertrag ist. Den Anlaß zu dieser Streitfrage hat indessen nicht eine Mißdeutung des römisch-rechtlichen Standpunktes gegeben; derselbe ist vielmehr auf dem Gebiete des Kanonischen Rechtes, in einer Entscheidung des Papstes Innocenz III. zu suchen. Der Inhalt der c. 7. X. 3, 21, welcher diese Entscheidung wiedergiebt ist folgender: Rodbertus hat von Gajus ein Darlehn erhalten und verpflichtet sich, dasselbe binnen einer bestimmten Frist zurückzuzahlen. Für den Fall, daß er sein Versprechen nicht hält, soll das verpfändete Haus dem Gläubiger verfallen sein. Diese lex commissoria hat Schuldner eidlich bekräftigt. Rodbertus schickt nun zu rechter Zeit den geschuldeten Betrag durch einen Boten an Gajus. Der Bote unterschlägt das Geld, Schuldner selbst wird gleichzeitig gefänglich eingezogen und kann infolgedessen seine Schuld, die er getilgt zu haben meint, nicht mehr rechtzeitig abtragen. Nach seiner Freilassung bietet er dem Gläubiger sofort Zahlung an, dieser verweigert aber die Annahme und beruft sich auf die verabredete lex commissoria.

Der Papst trifft seine Entscheidung zu Gunsten des Schuldners und begründet dieselbe mit den Worten: cum igitur pactum legis commissoriae sit in pignoribus improbatum et praedictus Rodbertus quantum in eo fuit juramenti debitum adimpleverit. An diese doppelte Begründung knüpfen sich die ersten streitigen Meinungen an, indem die Einen den ersten der Gründe für den Hauptgrund ansehen und die Andern dem zweiten das größte Gewicht beilegen. Glück[1]) bekennt sich zu jener Ansicht, welche den Hinweis auf das konstantinische Verbot bevorzugt, und bemerkt, der andere Entschuldigungsgrund sei nur „zur mehreren Bestärkung vom Papste beigefügt worden.“ Hiernach kann also der Eid nicht bestärkende Wirkung ausüben, weil ja die lex commissoria an sich ungültig ist. Eine andere an den zweiten Entschuldigungsgrund sich klammernde Auffassung behauptet

[1]) Glück, Erläuterungen XIV, S. 93.

das gerade Gegenteil und stellt den in der c. 7. X. 3. 21 entschiedenen Fall als eine Ausnahme von der allgemein gültigen eidlichen Verstärkung der lex commissoria hin.[1] Unseres Erachtens schließt sich die Entscheidung Innocenz' III. eng an den konkreten Fall an und ist mit Unrecht ohne Weiteres zu den weitgehendsten Vermutungen ausgebeutet worden. Es ist ferner nicht recht erklärlich, weßhalb die beiden Entscheidungsgründe bald so, bald so einander untergeordnet werden. Das Satzgefüge beweist doch, daß sie einander beigeordnet sind und demgemäß der eine so schwer wiegt wie der andere. Betrachten wir die Stellung unter diesem Gesichtspunkte, so erhellt, daß die päpstliche Entscheidung folgenden Sinn hat: Erstens ist die lex commissoria pignorum an sich ungültig, und wenn man dies bestreiten sollte, so steht dem Gläubiger zweitens immer noch die Thatsache entgegen, daß der Schuldner im vollen Maße seine Schuldigkeit gethan hat. Man wird aus diesen Gründen sich der von Glück vertretenen Meinung anschließen müssen.

Beiden soeben erwähnten diametral entgegengesetzten Ansichten giebt eine dritte Meinung Raum, welche dahin geht, die an sich ungültige lex commissoria pignorum werde durch den Eid nicht gültig, der Eid müsse aber gehalten werden, überdies könne jedoch relaxatio juramenti stattfinden.[2] Diese vermittelnde Meinung ist aus den Grundsätzen des kanonischen Rechts heraus leicht erklärlich, welches in der Verletzung der Eidespflicht eine schwere Sünde erblickte. So ist es nicht zu verwundern, daß man der Beeidigung eines Rechtsgeschäfts einen bekräftigenden Einfluß zuschrieb, und so erklärt sich der hiervon abweichende Grundsatz des römischen Rechts, welches keine eidliche Bestärkung kennt. Die vermittelnde Meinung erscheint demnach als ein Notbehelf, um beiden Anschauungen, der römisch-rechtlichen wie der kanonischen in Ansehung des Eides gerecht zu werden. Diese Kontroverse fand erst ihre Lösung durch die Authentica „Sacramenta puberum" Kaiser Friedrichs I., welcher zu Ungunsten des römischen Grundsatzes entschied, daß der Eid auch ungültigen Rechtsgeschäften von Minderjährigen Rechtsgültigkeit verleihe. Dies ist ein Zeichen von dem Einfluß, den die kanonische Gesetzgebung ausübte. Ueberblickt man diese Entwickelung, so wird man die anfangs aufgeworfene Frage, ob der eidliche Verzicht des Schuldners auf sein Recht aus dem Verbot der lex commissoria

[1] Warnkönig, a. a. O. Bd. 25. Seite 278—344.

[2] Dagegen ist Glück, Erläut. XIV., S. 94. — Vergl. Sintenis, Pfandrecht S. 156 und Warnkönig a. a. O. Bd. 25, S. 245—254.

wirksam sei, für das kanonische Recht bejahen, für das römische Recht dagegen und ebenso natürlich für das Bürgerliche Gesetzbuch verneinen, denn das B. G. B. kennt einen Einfluß des Eides auf die Gültigkeit von Rechtsgeschäften überhaupt nicht.

§ 12.

3. Die Ausdehnung des Verbotes auf die Rechtsgeschäfte in fraudem legis.

Es steht also fest: das Verbot der lex commissoria ist auf das Pfandrecht beschränkt und wird weder durch Verzicht des Schuldners noch durch Eid aufgehoben. Hiermit sind die Fälle erschöpft, in denen die Verfügung Kaiser Constantins unmittelbare Wirkung ausübt. Es handelt sich um ein zwingendes Gesetz, welches bestimmte Verträge unter bestimmten Umständen verbietet. Den Erfolg, den die verbotenen Verträge bezwecken, kann man aber häufig auf Umwegen durch Zuhilfenahme erlaubter Rechtsgeschäfte erreichen. Trifft das Verbot der lex commissoria auch diese Rechtshandlungen? Unbedenklich ist diese Frage zu bejahen. — Es liegt im Zweck und Inhalt der konstantinischen Verfügung begründet, daß auch diejenigen Verträge von ihr betroffen werden, welche in fraudem legis commissoriae abgeschlossen sind, ebenso wie die Anwendung der lex commissoria contra legem unstatthaft ist. Schon aus allgemeinen Gründen greift diese Ausdehnung Platz; Ulpian betont in der l. 7 § 7 D. de pact. 2, 14: Ait praetor, pacta conventa, quae neque dolo malo, neque adversus leges, plebiscita, senatus, consulta, edicta principum, neque quo fraus cui eorum fiat, facta erunt, servabo.[1]) Verträge, welche zur Umgehung der l. 3 C. 8, 35 geeignet sind, werden stets daran erkenntlich sein, daß sie eine bedingte Eigentumsübertragung enthalten, welche zur Sicherung einer Vertragsverbindlichkeit vorgenommen ist. An und für sich sind alle diese Abreden vollkommen rechtsgültig, nur der konkrete Fall kann eine Ausnahme bilden; sie werden nur dann nichtig sein, wenn sie offenbar zur Umgehung des Verbotes der lex commissoria dienen sollten.

Am ehesten darf wohl die datio in solutum als ein Ausweg angesehen werden, auf welchem die Gläubiger versuchen werden, sich für die Verpfändungsweise durch die lex commissoria Ersatz zu verschaffen. Enthält doch im letzten Grunde eine jede lex commissoria eine datio in solutum, denn anstatt der Forderung kommt ein Ver-

[1]) Windscheid, Pand. I, § 22 n. 2. — Dernburg, Pfandrecht II § 124 a. E. — Endemann, Handb. des Handelsrechts II § 177.

mögensgegenstand an den Gläubiger. Gleichwohl ist einer schlichten Leistung an Zahlungsstatt nicht die Rechtsgültigkeit abzusprechen, weil sie kein dingliches Recht begründet, sondern nur eine persönliche Verpflichtung erzeugt. Der Vertrag ist infolgedessen nicht so gefährlich für den Schuldner. Überdies bestätigt c. 13 C. de pign. et hyp. 8,14 seine Gültigkeit: Quum dominam non minorem vigintiquinque annis ea, quae obligaverat, tibi jure dominii possidere permisisse et in solutum dedisse, precibus significes, dominae contractus et voluntas ad firmitatem tibi sufficit. Freilich wird die Gültigkeit nicht allerseits unbeschränkt anerkannt; eine ganze Anzahl von Rechtslehrern stellt den Satz auf, nur eine erst zur Zeit der Fälligkeit der Forderung vereinbarte datio in solutum sei gültig.[1]) Die datio in solutum ist aber meines Erachtens kein kommissorischer Vertrag, und darum ist sie an und für sich gültig. Sie kann aber häufig zur Umgehung des konstantinischen Verbotes Anwendung finden und in diesen Fällen entbehrt sie als ein in fraudem legis abgeschlossener Vertrag jeder rechtlichen Wirkung.

Ein suspensiv bedingter Pfandverkauf wird unter Umständen nicht minder dazu angethan sein, den verbotenen Erfolg auf Umwegen zu erzielen, aber immer nur unter der Voraussetzung, daß das Pfand für den Betrag der Forderung in das Eigentum des Gläubigers übergeht. Wurde doch bekanntlich die lex commissoria für einen bedingten Kauf angesehen. Meiner Ansicht nach ist es auch hier eine quaestio facti, ob ein bedingter Pfandverkauf Gültigkeit habe oder nicht. Nach der l. 34 D. 13,7 und der l. 12 pr. D. 20,5 wird der Pfandverkauf gewöhnlich für gültig erklärt, und zwar nicht bloß dann, wenn er später als der Pfandvertrag und unbedingt abgeschlossen wird, sondern an und für sich auch in Fällen, wo er gleich mit der Verpfändung verbunden und unbedingt eingegangen ist. Derselbe bedingte Pfandverkauf ohne gleichzeitige Festsetzung eines justum pretium wird von den Quellen sogar gutgeheißen. L. 16, § 9 D. 20,1 behandelt einen Fall, in welchem abgemacht wird, daß das Pfand im Falle des Ausbleibens der Zahlung am Zahlungstermin für einen dann erst zu bestimmenden Schätzungswert dem Gläubiger verbleiben solle. Die Stelle lautet: „Potest ita fieri pignoris datio hypothecaeve, ut, si intra certum tempus non sit soluta pecunia, jure emptoris possideat rem justo pretio tunc aestimandam; hoc enim casu videtur quodammodo con-

[1]) So Sintenis, Pfandrecht II § 28. — Arndts, Pand. § 376 n. 2. — Brinz, Pand. II 2, § 354. — Vgl. auch Haidlen, B. G. B. mit den Motiven und sonstigen gesetzgeberischen Vorarbeiten Band II, S. 461 (zu § 1229).

ditionalis esse venditio. Et ita Divus Severus et Antoninus rescripserunt.[1]) Bartolus[2]) erzählt freilich, daß die Wucherer zu Bologna diesen bedingten Pfandverkauf zu dem später durch einen Dritten festzustellenden Schätzungswert geschäftsmäßig in fraudem legis commissoriae benutzt hätten. Dennoch kann wohl kein Zweifel über die völlige Gültigkeit eines solchen Kontraktes bestehen, fehlt doch beim Abschluß desselben das justum pretium als Aequivalent für die Forderung. Sollte dieses bei der Abschätzung zufällig erreicht werden, so ist es doch immer nicht der Wille der Kontrahenten. Die nachträgliche Preisbestimmung ist der Willkür der Parteien entzogen. Es ist demnach auch in den Fällen eines bedingten Pfandverkaufs dieser Art quaestio facti, ob derselbe gilt oder nichtig ist.[3])

Unter den einschlägigen Kontrakten ist ferner das pactum de retro vendendo zu nennen.[4]) Durch dasselbe verkauft der Schuldner dem Gläubiger einen Vermögensgegenstand im Werte der schuldigen Summe und behält sich die Wahl vor, die verkaufte Sache für den gleichen Preis wieder zurückzukaufen oder die Sache verfallen zu lassen. Daß dieser Vertrag ein völlig anderer ist, als die Abrede der Verwirkungsklausel, leuchtet ein; hier hat der Schuldner das Recht der Wahl, bei der lex commissoria der Gläubiger. Trotzdem wird man die Wirkungen des Verbotes der kommissorischen Abrede auch hier zur Geltung kommen lassen müssen, wenn das pactum de retro vendendo eine Bedrückung des Schuldners herbeiführt.

II. Fortdauer des Verbotes.

§ 13.

1. Im römischen und gemeinen Rechte.

Infolge seiner unerbittlichen Strenge und kaum geahnten Tragweite übte das Verbot der lex commissoria pignorum tief einschneidende Wirkungen auf die Rechtszustände vor dem Jahre 320 aus. Ein bisher fast alltägliches Mittel zur Beschaffung von Credit wurde auf ewig verdammt, und nichts anderes wurde an seine Stelle gesetzt. Es fragt sich nun noch, ob dieser durch die c. 3 C. 8, 35

[1]) Vergl. Glück, Erläuterungen XIV S. 96—99. — Westphal, Pfandrecht § 194 u. 216a. — Warnkönig, a. a. O. Bd. 24 S. 125.

[2]) Angeführt bei Warnkönig, a. a O. Bd. 24, S. 13.

[3]) Derselben Meinung ist Glück, Erläuterungen XIV Seite 29. — Ablehnend verhält sich Windscheid, Pand. I § 323. — Vergl. die Motive einer Entscheidung des O. A. G. zu Dresden in Seufferts Archiv. III, 12.

[4]) Warnkönig, Band 24, S. 377—380. — Dernburg, Pfandrecht II, § 124.

herbeigeführte Zustand später unverändert bestehen bleibt oder ob dieser zweiten Periode in der Geschichte der lex commissoria nicht noch eine dritte folgt, welche das Verbot vielleicht ebenso radikal beseitigt, wie dasselbe seiner Zeit eingeführt wurde. Hierfür ist nun zunächst die Thatsache von Bedeutung, daß die Wohlthaten und Vorteile des konstantinischen Verbotes heute fast allgemein Anerkennung gefunden haben. Unter den Wenigen, welche die lex commissoria pignorum verteidigten, drangen nur zwei deutsche Rechtsgelehrte, Thomasius und Riccius, auf die Beseitigung des Verbotes, aber ohne Erfolg.[1]) Mit dem corpus juris civilis wurde das Verbot in Deutschland recipiert und erlangte hier trotz entgegenstehender deutscher Rechtsübung die Oberhand. Interessant ist, daß das Verbot durch die Reichspolizeiordnung von 1577 von neuem eingeschärft wird, in deren 20. Titel, § 5 es folgendermaßen heißt: „Und dieweil man in Erfahrung kompt, daß die Juden mit den Christen sondere Gedinge machen, da die eingesetzte Pfand in benannter Zeit nicht gelöst würde, daß alsdann dasselbige ihnen verfallen seyn sollte. Wann aber dasselbige den Rechten zuwider, so ordnen wir, daß solche Geding verbotten und nichtig seyn, sondern sollen den Juden die genommene Pfand, da dasselbge in gebührender Zeit von den Schuldnern nicht gelöst würden, durch Erkenntniß ihrer Obrigkeit, wie sichs zu Recht gebühret, umgeschlagen, verkaust und das übrige Geld, da den Juden das Sein entricht, dem Schuldiger gefolgt, und heraußer geben werden, demnach sollen auch die Obrigkeiten daran seyn, das ihre Befehlchaber mit den Juden dieser Polizey-Ordnung zugegen nichts practiren oder handeln."

Die neueren Gesetzgebungen haben sich dem Verbote ohne Ausnahme angeschlossen;[2]) nur das Reichsgesetz betr. die vertragsmäßigen Zinsen vom 14. November 1867 hat die Streitfrage verursacht, ob nicht durch sein Inkrafttreten das Verbot der lex commissoria wieder aufgehoben ist. Eine diese Frage im verneinenden Sinne entscheidende Praxis hat die anders denkende Theorie größtenteils zu Gunsten der Aufrechterhaltung des Verbotes umgestimmt.[3]) Als die herrschende

[1]) Warnkönig, a. a. O. Bd. 24 S. 363.

[2]) Preuß. A. L. R. I, 20 § 33. — Bayr. L. R. II, 6 § 18. — Code civil arg. Art. 2078. — Sächs. G. B. § 383. — Pfandges. f. Württemberg. Art. 257. — desgl. f Hessen Art. 188. — desgl. f. Weimar § 106 — Hamburg. Stadtrecht II, 4 Art. 10. — Oesterr. G. B. § 1371. — Ital. G. B. Art. 1884. — Niederl. G. B. Art. 1200. — Zürich. G. B. § 869.

[3]) Erkenntnis des Preuß. Ob. Trib. in Seufferts Archiv Band 29, Nr. 114. — Archiv f. civ. Praxis. Bd. 60, S. 174. — R. G. Bd. II, S. 333; Bd. IV, S. 51. Dernburg. Pr. Privatr. I. S. 855 Anm. 8.

Meinung darf man daher wohl diejenige bezeichnen, daß das römisch-rechtliche Verbot durch das Reichsgesetz vom 14. November 1867 nicht außer Geltung gekommen ist. Dies führt zu dem Resultat, daß das Verbot der lex commissoria pignorum von der Zeit Kaiser Constantins bis auf den heutigen Tag Gesetz war. Wie stellt sich nun das neue Recht des Bürgerlichen Gesetzbuches zum Verbot der lex commissoria pignorum?

§ 14.

2. Fortdauer des Verbotes im Bürgerlichen Gesetzbuche.

Das geltende Recht des B. G. B. kennt, wie erwiesen,[1]) die lex commissoria bei Verträgen jeder Art und läßt dieselbe vermöge seines Grundsatzes der Vertragsfreiheit und in Ermangelung einer ausdrücklichen einschränkenden oder gar aufhebenden Vorschrift in unbeschränktem Umfange zu. Nur unter seinen Regeln über den Pfandvertrag finden sich zwei knappe Paragraphen, die sich mit der lex commissoria pignorum und ihrem Verbot beschäftigen. § 1149 betrifft das Pfandrecht an Immobilien und lautet: „Der Eigenthümer kann, so lange nicht die Forderung ihm gegenüber fällig geworden ist, dem Gläubiger nicht das Recht einräumen, zum Zwecke der Befriedigung die Uebertragung des Eigentums an dem Grundstücke zu verlangen, oder die Veräußerung des Grundstücks auf andere Weise als im Wege der Zwangsvollstreckung zu bewirken." Analog schreibt § 1229 in Bezug auf Mobilien vor: „Eine vor dem Eintritte der Verkaufsberechtigung getroffene Vereinbarung, nach welcher dem Pfandgläubiger, falls er nicht oder nicht rechtzeitig befriedigt wird, das Eigentum an der Sache zufallen oder übertragen werden soll, ist nichtig." In diesen Vorschriften des B. G. B. liegt das deutliche Verbot der lex commissoria pignorum. Der § 1149 sagt, in die Form einer lex commissoria gefaßt: Wenn der Schuldner nicht zahlt, so soll dem Gläubiger das Grundstück eigentümlich verfallen, falls dieser nicht in Ausübung seines Wahlrechtes auf der Erfüllung des Kontraktes besteht. Eben dasselbe will der § 1229 zum Ausdruck bringen.[2]) Denn wenn § 1149 nur vom obligatorischen Anspruch des Gläubigers auf Uebertragung des Eigentums am Grundstück und nicht wie § 1229 auch vom dinglichen Anfall des

[1]) Vergl. oben S. 3 ff.

[2]) Vergl. Matthiaß, Lehrbuch des bürgerl. Rechts, Band II, S. 196. — Haidlen, B. G. B. mit den Motiven und gesetzgeberischen Vorarbeiten, Band II, S. 461.

Eigentums ohne Zuthun der Parteien spricht, so begründet dies keinen Unterschied, da ja dinglicher Eigentumsanfall infolge des Bestehens des Grundbuchs für Immobilien, insbesondere durch die Auflassungs- und Eintragungsvorschriften schlechthin ausgeschlossen ist. Das B. G. B. kommt also zu demselben Ziel, welches Kaiser Constantin durch sein Verbot erreichte, indem es dem Gläubiger das alternative Wahlrecht nimmt und bloß den Weg der Befriedigung durch Erfüllung des Vertrages offen läßt. Zu diesem Zwecke steht ihm die Veräußerung des Grundstückes zu, die sich allerdings auf mannigfache Weise bewerkstelligen läßt. Um dem Gläubiger aber auch solche Wege abzuschneiden, welche ihm eventuell zur Umgehung des Verbotes der lex commissoria Veranlassung geben, bindet ihn das B. G. B. auch hier und gestattet ihm lediglich, das Grundstück durch Zwangsvollstreckung zur Veräußerung zu bringen. „Ein Vertrag, durch welchen der Eigentümer den Gläubiger ermächtigt, das Grundstück zum Zweck seiner Befriedigung privatim zu verkaufen bezw. die Veräußerung in anderer Weise als das Gesetz vorschreibt, zu bewirken, wird vom B. G. B. im Wesentlichen ebenso behandelt, wie eine lex commissoria.[1])

Indessen knüpfen die beiden §§ 1149 und 1229 ihre Vorschriften, an eine Bedingung. Diese Bedingungen sind inhaltlich gleich und enthalten eine zeitliche Beschränkung dahin, daß die in den §§ enthaltenen Vorschriften nur für die Zeit bis zu dem Augenblick gelten, in welchem die Forderung dem Gläubiger gegenüber fällig geworden bezw. der Gläubiger zum Verkauf berechtigt ist. Dieser Zeitpunkt ist identisch mit dem Ablauf der Zahlungsfrist, sodaß der Inhalt der §§ 1149 und 1229 kurz folgender ist: Die lex commissoria pignorum ist nur bis zum Ablauf der Zahlungsfrist verboten, eine zur Zeit der Fälligkeit der Forderung abgeschlossene lex commissoria pignorum ist gültig.[2]) Das B. G. B behält also das Verbot im Wesentlichen bei; in einer Hinsicht tritt allerdings eine einschränkende Aenderung des Verbotes ein, indem das B. G. B. dasselbe nur bis zur Fälligkeit der Zahlung gelten läßt. Diese scheinbare zeitliche Begrenzung der Gültigkeit einer lex commissoria auf die Zeit nach dem Fälligkeitstermin der geschuldeten Leistung drängt aber zu der Frage: Ist denn überhaupt die Vereinbarung einer lex commissoria noch möglich, wenn der Fälligkeitstermin bereits verstrichen ist? Das heißt mit anderen Worten: Giebt es eine lex commissoria ohne einen

[1]) Vgl. Motive zum Entw. e. B. G. B. III. 680 und 827.

[2]) Vgl. Windscheid, Pandektenrecht, Band I, S. 1079, (§ 238) Anm. 3. Hiernach ist die lex commissoria auch bei ihrer nachträglichen Hinzufügung zum Hauptvertrage unwirksam, insofern die Hinzufügung vor dem Verfalltage geschieht.

dies solutionis? Zweifellos nicht; denn die Behandlung der Frage nach den wesentlichen Erfordernissen der lex commissoria hat oben ergeben, daß der dies solutionis ein wesentliches Erfordernis bildet.[1]) Was das Bürgerliche Gesetzbuch in den §§ 1149 und 1229 vom Verbote ausschließt, ist daher keine lex commissoria, sondern eine datio in solutum, weil das wesentliche Moment des dies solutionis fehlt. Es ist bereits erwähnt,[2]) daß auch nach gemeinem Recht eine solche nach der Fälligkeit der Forderung vereinbarte datio in solutum gültig war und von dem Verbot der lex commissoria nur erfaßt wurde, falls sie sich als ein pactum in fraudem legis commissoriae darstellte. Nach alledem klingt es theoretisch zwar so als beschränke das Bürgerliche Gesetzbuch das konstantinische Verbot auf zeitlich vor der Fälligkeit der geschilderten Leistung liegende Vereinbarungen und lasse darüber hinaus die lex commissoria vollkommen zu, praktisch aber umfaßt das Verbot auch des Bürgerlichen Gesetzbuches alle wirklichen Fälle der Verwirkungsklausel. Alle Abreden, welche das Bürgerliche Gesetzbuch unter derselben Bezeichnung nach den Fälligkeitstermin zuläßt, sind lediglich obligatorische Verträge, denen das Wesen der lex commissoria mangelt, weil sie obligatorische Hauptverträge und nicht an eine Frist gebundene Nebenverträge sind. Es bleibt also auch im neuen Recht bei dem alten ausnahmslosen Verbote der lex commissoria pignorum. In gewissem Sinne gewinnt aber das Verbot sogar noch an Ausdehnung. Die Worte „zufallen oder übertragen wird" im § 1229 bewirken, daß nicht nur jede dingliche Vertragsklausel, sofern sie vor dem bezeichneten Termin vereinbart wird, unwirksam ist, sondern auch alle auf denselben Zweck berechneten obligatorischen Verträge der Gültigkeit entbehren.[3]) Hierdurch hat das Bürgerliche Gesetzbuch für die Entscheidung der zweifelhaften Fälle eines pactum in fraudem legis eine große Erleichterung geschaffen. Es braucht fortan nicht mehr des Näheren geprüft zu werden, ob eine datio in solutum, ein bedingter Pfandverkauf oder ähnliche Verträge in wucherischen Umtrieben ihren Grund haben, um festzustellen, daß sie darum nichtig sind. Für die Gültigkeit der betreffenden Verträge ist nach dem Bürgerlichen Gesetzbuch allein der Zeitpunkt des Vertragsschlusses entscheidend. Waren sie vor der Fälligkeit der Forderung abgeschlossen, so sind sie stets ungültig, umgekehrt aber ausnahmslos gesetzlich zugelassen.

[1]) Vergl. oben S. 13 ff.
[2]) Vergl. oben S. 37.
[3]) Vgl. Motive zum Entw. eines B. G. B. III, 679 und 820.

B. Die lex commissoria pignorum in ihrer Anwendung.

§ 15.

I. Vor dem Verbote.

Es sind Zweifel darüber laut geworden, ob denn die lex commissoria vor dem Inkrafttreten des konstantinischen Verbotes unbeschränkte Geltung gehabt habe. Donellus[1]) stellt neben anderen Civilisten die Behauptung auf, die lex commissoria fände als pactum turpe, welches gegen die guten Sitten verstoße, schon die Mißbilligung der Digesten. Cocceji[2]) verteidigt die Meinung des Donellus in seinem jur. controvers. 13, 7 quaest. 8 unter Bezugnahme auf die l. 34. D. 13, 7 und die l. 81. pr. D. 18, 1. Balduinus sagt in seinem Const. magn. S. 290, bereits Kaiser Severus Alexander verbiete die lex commissoria durch die c. 1 C. 8, 35. Musschenbrock widerlegt diese irrtümlichen Ansichten in cap. III seiner Dissertatio. Hält man sich strikte an die Quellen, so kommt man garnicht in die Versuchung, an das Bestehen eines Verbotes der lex commissoria vor der Zeit Kaiser Constantins zu glauben. Wie bereits erwähnt ist, spricht Cicero im 56. Briefe seiner Epist. fam. lib. XIII von hypothecae commissae; ebenso enthalten die Sententiae Pauli II, 13 die Überschrift „de lege commissoria". Am überzeugendsten muß auf einen Jeden der Wortlaut der l. 3 C. 8, 35 selbst wirken. Das „placet infirmari" verrät die vorherige Gültigkeit; das gänzliche Fehlen einer näheren Bezeichnung über den Inhalt der lex commissoria und die dem Verbote beigelegte rückwirkende Kraft sprechen deutlich dafür, daß die lex commissoria ein viel angewandtes und allgemein verbreitetes Rechtsinstitut gewesen sein muß. Zudem schweigt Kaiser Konstantin gänzlich über ein früheres Verbot; wäre die Anwendung der lex commissoria schon früher einmal in irgend einer Weise gesetzlich eingeschränkt oder gar untersagt worden, so würde die konstantinische Verfügung doch sicherlich einen Hinweis darauf enthalten.[3]) In den Anfangsworten: „quoniam inter alias captiones praecipue commissoriae pignorum legis crescit asperitas" spricht es der Kaiser ja selbst aus, daß zu seiner Zeit noch die Härte der lex commissoria zunimmt. Somit ist erwiesen, daß die lex commissoria vor dem auf das Pfandrecht beschränkten Verbot nicht nur beim Kauf, sondern auch beim Pfandvertrag, also allgemein nicht verboten, sondern in vollem Umfange in Geltung gewesen ist. Wenn

[1]) Vgl. Warnkönig, a. a. O. Bd. 24, S. 332.

[2]) Ebenda S. 333/334.

[3]) Vgl. Warnkönig, a. a. O. Bd. 24, S. 331 ff. — Dernburg, Pfandrecht II, S. 275. — Sintenis, Pfandrecht, S. 256.

man sich von dem damaligen Anwendungsgebiete der lex commissoria einen Begriff machen will, muß man die Quellenstellen in ihrer Gesammtheit überschauen. Greifen wir die ihrem Umfange nach größte Stelle als erste heraus; sie zeigt uns die lex commissoria als Klausel beim Kauf, und in dieser Eigenschaft wird sie von der l. 13 § 27 D. 19, 1 als eine lex contractui non improbata bezeichnet. Wir finden sie indessen in den Quellen (l. 2 und l. 4 D. h. t.) nur zu Gunsten des Verkäufers erwähnt, dem sie beim Ausbleiben der Preiszahlung ein Rücktrittsrecht gewährt. Ihrer Natur wäre es aber nicht zuwider, auch zum Besten des Käufers Anwendung zu finden für den Fall der unterbliebenen Warenlieferung.[1]) Es muß in Anlehnung an die l. 31. D. 20, 1; l. 51. pr. D. 19, 2 und l. 13 § 10 D. e o d. zugegeben werden, daß eine Ausdehnung der lex commissoria in gleichartiger Form auf andere Verträge sehr wohl denkbar ist, soweit es deren Inhalt gestattet.[2]) Allein Dernburg will die lex commissoria nur zu Gunsten des Verkäufers Anwendung finden lassen.[3]) Das Bürgerliche Gesetzbuch vertritt nach § 346 dieselbe Auffassung wie die im gemeinen Recht herrschende Meinung.

Eine erhöhte Bedeutung muß man der lex commissoria beim Pfandvertrage beimessen, weil hier einmal das konstantinische Verbot und zum andern die große Reihe der an sie anknüpfenden Streitfragen das Interesse hebt. Der Vorläufer des römischen Pfandrechts war die fiducia, die Eigentumsübertragung durch mancipatio zum Zwecke der Sicherstellung für eine Forderung. Abgesehen von dem pactum fiduciae, nach welchem der Pfandgläubiger sich verpflichtete, sein Eigentumsrecht an der Pfandsache nur zu Pfandzwecken auszuüben, waren bei der fiducia gewöhnlich zwei Klauseln möglich, das pactum de vendendo pignore und die lex commissoria. Ursprünglich gab es überhaupt keinen Pfandverkauf, nur die Besitzentziehung sollte auf den Pfandschuldner einwirken. Später wurde vereinzelt ein pactum de vendendo pignore geschlossen; diese Ausnahme wurde dann zur Regel und das pactum de vendendo pignore versteht sich schließlich von selbst, ja, es gehört endlich derart zum Pfandrechte, daß die Abmachung des Gegenteils nichtig ist. Hieran schließt sich die Streitfrage an, ob die lex commissoria ebenso wie das pactum de vendendo pignore ein integrierender Bestandteil der fiducia gewesen sei oder

[1]) Vgl. Glück, Erläuterungen zu den Pandekten, Bd. XVI, S. 271 ff. — Windscheid, Pandekten II. § 223. — Arndts, Pandekten § 249. — Burckhard im Arch. f. civ. Praxis. Bd. 51, S. 159. — Westphal, Vom Kauf, S. 689.

[2]) Burckhard, a. a. O. S. 154.

[3]) Vgl. Dernburg, Pandekten II, S. 262.

nicht.[1]) Cujacius und andere ältere Rechtsgelehrte entscheiden diese Frage für das ganze römische Recht bejahend, sie geben von der fiducia folgende Definition: „eam esse pignus, quod creditori mancipabatur aut in iure cedebatur ea lege, ut soluta ad diem remanciparetur, non soluta pleno jure creditori committeretur.[2]) Zu Gunsten dieser Meinung ließe sich anführen, daß ja gerade allein bei der fiducia der Pfandgläubiger das Eigentum an der verpfändeten Sache erhielt, während er beim pignus nur naturalis possessio und bei der hypotheca gar nur ein Forderungsrecht an der Pfandsache hatte. Dieser Grund ist indessen nicht stichhaltig. Der Pfandgläubiger war kraft des pactum fiduciae ja zur remancipatio verpflichtet und konnte durch die actio fiduciae directa vom Schuldner dazu gezwungen werden. Blieb nun die Zahlung des Schuldners aus, so konnte sich der Pfandgläubiger aus den Früchten der Pfandsache Befriedigung verschaffen, wonach er dieselbe an den Schuldner aber wieder herausgeben mußte, sonst kam es im Nichtzahlungsfalle gerade so zum Pfandverkauf, wie beim pignus. Erst wenn sich kein Käufer fand und der Schuldner auch dann noch nicht gezahlt hatte, konnte der Pfandgläubiger impetratio dominii a Caesare erbitten (c. 3 Cod. 8, 33)[3]) Und selbst dann, wenn ihm der Kaiser die Pfandsache zum Taxwert zugesprochen hatte, war der Gläubiger immer noch verpflichtet, die Pfandsache volle zwei Jahre aufzuheben, um dem Schuldner während dieser Frist noch die Möglichkeit der Wiedereinlösung zu geben. Wo findet man hier Spuren von der lex commissoria?

Es ist allerdings merkwürdig, daß der Titelabschnitt über die fiducia in den Sententiae Pauli in seinem letzten Teil die Überschrift „de lege commissoria" trägt; allein dies beweist nichts, da die fragliche Überschrift vielleicht garnicht von Paulus stammt, sondern auf einer Verwechselung des westgothischen Kompilators beruhen kann. Schweppe,[4]) der eifrigste Verfechter der Cujacischen Ansicht im 19. Jahrhundert, zieht den Schluß, daß Paulus deßhalb die fiducia im Titel „de lege commissoria" behandelt habe, weil die lex commissoria „fast immer" der fiducia beigefügt war, geht aber darin zu weit, wenn auch anzunehmen ist, daß die lex commissoria in den

---

[1]) Vgl. zu dem Folgenden: Oertmann, die fiducia im röm. Privatrecht, S. 202—207.

[2]) Warnkönig, a. a. O. Bd. 24, S. 345.

[3]) Dernburg, Pfandrecht II. S. 240.

[4]) Schweppe, Römische Rechtsgeschichte, § 286. — Vgl. Oertmann, a. a. O. S. 205.

meisten Fällen der fiducia hinzugefügt worden sein mag. Ciceros Auslassung in seiner Rede pro Flacco c. 21 de fiducia commissa ist zur Begründung der einst herrschenden Meinung des Cujacius ganz belanglos, da sie höchstens beweist, daß in dem betreffenden Falle fiducia und lex commissoria verbunden war, woraus man doch unmöglich auf die ständige Verbindung von beiden schließen darf. Die von Jac. Gothofredus, von Musschenbrock, Westphal, Glück und anderen bekämpfte Meinung des Cujacius ist also zu verwerfen.[1] Cujacius stützte seine eben beurteilte Ansicht auf die Behauptung, die lex commissoria sei nur bei der fiducia vorgekommen und die fiducia sei durch das konstantinische Verbot zusammen mit der lex commissoria pignorum beseitigt worden. Man sollte doch aber annehmen, daß Justinian, welcher das Verbot aus dem Cod. Theod. im Ganzen wörtlich übernommen hat, sicher den Namen fiducia und ihre gleichzeitige Beseitigung erwähnt hätte, falls er eine solche in der l. 3 Cod. 8,35 hätte aussprechen wollen. Ueberdies steht fest, daß die lex commissoria sowohl beim pignus als auch bei der hypotheca Anwendung fand, wie aus Folgendem hervorgeht. Der Wortlaut des konstantinischen Verbotes und die anderen Quellenstellen lassen keinen Zweifel darüber aufkommen, daß die lex commissoria beim eigentlichen pignus, dem Faustpfand gang und gäbe war; wurde doch das energische Verbot desselben dadurch veranlaßt, daß die Gläubiger ihre Schuldner durch die lex commissoria unter Umständen bis zum Uebermaß ausnützten, und daß unter allen Nebenabreden knifflicher Art die Härte der lex commissoria beim pignus sich im Laufe der Zeit bis zur Unduldsamkeit bemerkbar gemacht hatte. Mit der Entstehung der hypotheca aus dem pignus fand auch die Anwendung der lex commissoria eine entsprechende Ausdehnung, sagen doch die Römer: inter pignus autem et hypothecam tantum nominis sonus differt.[2] Den besten Beweis hierfür liefert folgende Stelle aus Ciceros 56. Briefe seiner Epist. fam. lib. XIII:[3] „Philotes Alabandensis ὑποθήκας Claudio dedit. Hae commissae sunt. Cures velim ut de hypothecis decedat easque procuratoribus Cluvii tradat, aut pecuniam solvat. Hier ist von „hypothecae commissae" die Rede, welche verfallen sind, weil der Schuldner den Hypothekengläubiger nicht befriedigt hatte. Die lex commissoria hatte hier den

[1] Warnkönig, a. a. O. Bd. 24 S. 346 ff. — Über die etwas sonderbare Meinung des Ant. Faber vgl. Warnkönig a. a. O. Bd. 24. S. 349.

[2] l. 5. § 1 D. 20, 1.

[3] Glück a. a. O. XIV., S. 88 ff — Sintenis, Pfandrecht § 28 n. 1. (S. 256). — Pernice, Panerga S. 134 n. 4. — Vgl. Burckhard, a. a. O. Bd. 49. S. 171.

speziellen Inhalt: Die Hypotheken, welche Philotes seinem Gläubiger Claudius gegeben hat, sollen ihm eigentümlich verfallen, wenn die Schuld zum bestimmten Zahlungstermin nicht entrichtet sei.

§ 16.

II. Die lex commissoria pignorum in ihrer Anwendung seit dem Verbote.

Es ist also nicht zu leugnen, daß die lex commissoria bis zum Jahre 320, in welchem Kaiser Constantin das Verbot erließ, allen Verträgen, zu denen sie paßte, ungehindert gültig hinzugefügt werden konnte. Was das Verbot an dieser Thatsache änderte, ist bereits dargelegt, und da dasselbe sich nur auf die pfandrechtliche lex commissoria bezog, so blieben alle übrigen Rechtsverhältnisse von ihm unberührt. Die lex commissoria galt also neben dem Verbot beim Kauf und den ihm anverwandten Verträgen uneingeschränkt weiter, in dieser Anwendung wurde sie mit dem römischen Recht in Deutschland recipiert und gilt noch gegenwärtig, denn auch das bürgerliche Gesetzbuch hat hieran nichts geändert.[1])

Das neue bürgerliche Recht kennt außerdem überraschender Weise sogar den Fall, daß der Gläubiger gesetzlich verpflichtet wird, die Verwirkungsklausel unter die Verkaufsbedingungen aufzunehmen, und zwar bei der Pfandversteigerung gegen Baarzahlung. § 1238 B. G. B. bestimmt hierüber: „Das Pfand darf nur mit der Bestimmung verkauft werden, daß der Käufer den Kaufpreis sofort baar zu entrichten hat und seiner Rechte verlustig sein soll, wenn dies nicht geschieht. Erfolgt der Verkauf ohne diese Bestimmung, so ist der Kaufpreis als von dem Pfandgläubiger empfangen anzusehen; die Rechte des Pfandgläubigers gegen den Ersteher bleiben unberührt. Unterbleibt die sofortige Entrichtung des Kaufpreises, so gilt das Gleiche, wenn nicht vor dem Schlusse des Versteigerungstermins von dem Vorbehalt der Rechtsverweigerung Gebrauch gemacht wird." Der Vertrag ist demnach folgender: Gemäß § 156 B. G. B. erwirbt der Ersteher der Pfandsache das Eigentum mit dem Zuschlage, ist also Eigentümer auch dann, wenn er nach erfolgtem Zuschlage nicht den Kaufpreis in baar auszahlt; ist dies aber der Fall, so muß er sich eine anderweitige Versteigerung seines Eigentums gefallen lassen, da die unter die Versteigerungsbedingungen aufgenommene lex commissoria ihn seines Eigentums für verlustig erklärt. Entspricht aber diese theoretisch folgerichtige Erscheinung den praktischen Grundsätzen der Versteigerung?

[1]) Vgl. B. G. B § 360.

Wird thatsächlich dem Meistbietenden in jedem Falle der Zuschlag erteilt und alsdann abgewartet, ob er baare Zahlung leistet oder nicht? Der Versteigerer hat zweifellos das Interesse, die Pfandstücke möglichst schnell zu Geld zu machen. Wie könnte ihm sonst daran gelegen sein, den im Augenblick nicht zahlungsfähigen Ersteher eines versteigerten Gegenstandes mit dem Verlust des Eigentums zu strafen bezw. damit zu drohen, um Zahlung zu erhalten? Der Versteigerer hat doch nichts als Last und Mühe hiervon, da er alsdann zu einer nochmaligen Versteigerung schreiten muß. Liegt nicht vielmehr in der Vorschrift des § 1238 eine auf die Kauflustigen berechnete vorbeugende Mahnung; wer nicht baar zahlen kann, biete nicht erst mit, denn selbst wenn ihm der Zuschlag ertheilt wird, so hat er doch nicht das Eigentum an der Sache? Wo bleibt das Wahlrecht des Gläubigers, welches der lex commissoria wesentlich ist? Hat etwa der Versteigerer die Wahl zwischen der anderweitigen Versteigerung und dem Bestehen auf Zahlung in baar? Nicht im Geringsten, und so hat denn auch das Reichsgericht entschieden,[1]) daß der Meistbietende, welcher die Bedingungen (also auch die der sofortigen Baarzahlung) nicht erfüllt, überhaupt nicht Eigentümer wird, auch dann nicht, wenn die anderweite Versteigerung nicht zustande kommt. Streng genommen kann also überall da von einer Rechtsverwirkung im Sinne der lex commissoria nicht die Rede sein, wo ein Recht — wie hier im § 1238 B. G. B. das Eigentum — erst mit der Erfüllung des Vertrages seitens des Schuldners entsteht; denn was man nicht hat kann einem nicht genommen werden. Ferner liegt überall da keine lex commissoria vor, wo dem aus der lex berechtigten Gläubiger kein Wahlrecht mehr zusteht zwischen der Erfüllung des Hauptvertrages und der Befriedigung aus der kommissorischen Nebenabrede.[2])

§ 17.

Schlußabschnitt.

Die Einheitlichkeit der pfandrechtlichen und der nichtpfandrechtlichen lex commissoria.

Die aus den Quellen ersichtliche verschiedene Wirkung der lex commissoria beim Kauf und ähnlichen Verträgen einerseits und beim

[1]) Vgl. Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen XIII, 275.

[2]) Vgl. oben S. 8.

Pfandvertrag andererseits erschwert eine einheitliche Definition. Beim Kauf läßt der Rückfall der verkauften Sache an den Verkäufer die Wirkung der lex commissoria mehr als einen Rücktritt vom Vertrage erscheinen, während beim Pfandvertrage der Verfall der Pfandsache in den Vordergrund tritt, weil dort der Gläubiger vorher noch nicht Eigentümer des verwirkten Vermögensgegenstandes war. Es liegt bei oberflächlicher Betrachtung nahe, zwischen einer lex commissoria des Pfandrechts und einer solchen außerhalb desselben einen Unterschied zu machen und sie womöglich als zwei verschiedene Klauseln zu bezeichnen, welche nichts als den Namen gemein haben. Man könnte geneigt sein, in der pfandrechtlichen lex commissoria eine wirkliche Verfallklausel zu sehen, welche durch das konstantinische Verbot gänzlich beseitigt ist, in ihrer übrigen und erlaubten Anwendung dagegen einen versteckten Vorbehalt des Rücktritts vom Vertrage zu erblicken. Das wäre aber ganz verfehlt, denn die lex commissoria venditionum und die lex commissoria pignorum sind auch begrifflich identisch und stimmen in ihrer rechtlichen Wirkung überein, soweit dies die Verschiedenheit der Hauptverträge zuläßt. Dies führt besonders Donellus in seinem Tractatus de pignoribus et hypothecis treffend aus: „Ut illa (lex commissoria venditionum) efficitur, ut pecunia ad diem non soluta statim dominium rei emtae emtoris esse desinat poenae loco et venditoris esse incipiat, sic ista (lege commissoria pignorum) id agitur, ut pecunia creditori non soluta dominium rei debitoris esse desinat et continuo creditoris poenae eiusdem causae committatur.“[1])

Lassen sich doch beide Anwendungsfälle unter der einheitlichen Bezeichnung „Vorbehalt der Rechtsverwirkung“ zusammenfassen; hier zeigt sich freilich die Einheitlichkeit nur darin, daß in beiden Fällen von den Parteien Rechtsverwirkung gewollt ist. Die Rechtsverwirkung selbst äußert sich dann aber der Natur des Hauptvertrages entsprechend, welchem die lex commissoria im konkreten Falle hinzugefügt war, verschieden, und hieraus erklärt sich auch der abweichende Wortlaut insbesondere in den römischen Definitionen der lex commissoria venditionum und der lex commissoria pignorum. Wenn man indessen nicht sowohl nach dem auf Rechtsverwirkung gerichteten Willen der Parteien als nach dem Vollzug dieser Rechtsverwirkung sieht und die beiden Hauptarten der lex commissoria vom Standpunkte des Eigentumswechsels aus betrachtet, welcher den eigentlichen Kern der Rechtsverwirkung bildet, so charakterisiert sich die lex commissoria in

[1]) Vgl. auch Wendt, Reurecht und Gebundenheit bei Rechtsgeschäften, Heft II, S. 40 ff.

beiden Anwendungsgebieten als Anfall des Eigentums am Gegenstande des Hauptvertrages unter bestimmten Bedingungen. Und zwar unterscheiden sich die lex commissoria beim Kauf und beim Pfandvertrag nur dadurch, daß in jenem Falle der verkaufende Gläubiger, in diesem Falle der verpfändende Schuldner den Gegenstand tradiert hat, und daß hier der Schuldner Eigentümer geblieben, dort aber erst geworden ist. Dementsprechend erscheint die Rechtsverwirkung beim Pfandvertrag als Anfall des Eigentums an den Gläubiger, beim Kauf als Rückfall des Eigentums an den Gläubiger,[1]) denn von diesem hatte ja der Schuldner das Eigentum an der Sache auf Grund des Hauptvertrages erworben. Objektiv betrachtet liegt auch im Falle des Kaufes lediglich Anfall des Eigentums vor, d. h. der Schuldner verliert sein Eigentum an den Gläubiger, aber nur, wenn dieser will, und hieraus ergiebt sich praktisch die Konstruktion als Rücktrittsrecht, diese wiederum erklärt die Bezeichnung der lex commissoria beim Kauf als Rücktrittsvorbehalt.

Mithin darf als erwiesen gelten, daß der Vorbehalt der Rechtsverwirkung eine Klausel eigener Art von bestimmtem einheitlichen Gepräge ist; die pfandrechtliche und nichtpfandrechtliche lex commissoria beruhen auf dem gleichen Grundgedanken und weisen nur in Einzelheiten dem konkreten Fall entsprechend naturgemäß Verschiedenheiten auf.

---

[1]) Vgl. Wendt, a. a. O. S. 150.